Universitas

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/traitssurdiff01poth

TRAITÉS
DE
DROIT CIVIL,
ET DE JURISPRUDENCE
FRANÇOISE.

TOME I.

TRAITÉS

Contenus en ce Volume.

Le Traité *des Obligations.*

Le Traité *du Contrat de Vente.*

Et le Traité *des Retraits.*

ROBERT JOSEPH POTHIER
Conseiller au Présidial et Professeur de
Droit françois en l'Université d'Orléans.
Né en cette Ville le 9. de Janvier 1699.
Mort le 2. de Mars 1772.

Le Noir Pinx.

Vin. Vangelisty Sculp.

TRAITÉS

SUR

DIFFÉRENTES MATIERES

DE DROIT CIVIL,

APPLIQUÉES

A L'USAGE DU BARREAU;

ET

DE JURISPRUDENCE FRANÇOISE;

PAR M. POTHIER, Conseiller au Présidial d'Orléans, & Professeur de Droit François en l'Université de la même Ville.

TOME PREMIER.

A PARIS,

Chez JEAN DEBURE, Pere, Libraire, Quai des Augustins, à l'Image S. Paul.

A ORLÉANS,

Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imprimeur du Roi, de l'Evêché, de l'Université, de la Ville & du College.

M. DCC. LXXIII.

AVEC PRIVILEGE DU ROI.

Université d'Ottawa BIBLIOTHÈQUES LIBRARIES University of Ottawa

Universitas BIBLIOTHECA Ottaviensis

CSP
KJV
450
.P6757
1773
V. 1

DE LAUDIBUS *ANTECESSORIS* DOCTRINÂ ET MORIBUS *PRÆSTANTISSIMI* ORATIO.

Habita Aureliæ die 20. Novembris ann. 1772.

ID à majoribus quasi per manus traditum R. M, C. A, &c. ac ipsâ instituti nostri ratione præscriptum accepimus, ut, cùm in Doctoris demortui locum alius sufficiendus est, is deligatur qui moribus & doctrinâ cæteris antecelluerit. His titulis signari eos oportet qui Juris publicè docendi munus obire ac sustinere meditantur. Abjectis aliis omnibus curis, toto pectore incumbunt ad hanc palmam æmulis præripiendam. Quocircà intelligere vos opinor, paucos de multis qui doctrinâ & moribus excelluerunt ad summum gradum pervenisse. At ex his unum nostra ætas peperit quem omnes præclaræ hujus civitatis ordines singulique cives, paucis ante mensibus inevitabili humanæ conditionis necessitate ademptum, summo mœrore prosequuntur. Et hîc confestim omnium animis occurrit egregius Academiæ nostræ Anteceſſor, magister meus, ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER: de cujus præstantiâ jure nos gloriari posse, grati animi erga illum ac pietatis officio impulsus, mihique acerbissimum & maximè luctuosum onus deposcens, ipsâ veritate arbitrâ, demonstrare aggredior.

Atque, ut ad res ipſas deveniam, hoc utrumque affirmo : eum doctrinâ quâ Juriſprudentiæ alumnis viam munivit expeditiſſimam ad legum cognitionem : morum integritate quâ effinxit & quaſi oculis ſubjecit legum ſanctimoniam, longè cæteris præſtitiſſe. Si quid à me orationis inopiâ lapſo, ex ampliſſimâ illâ & uberrimâ laudum ſegete prætermiſſum, aut jejuniùs multò atque exiliùs quàm pro dicendi materiâ percurſum fuerit, non vereor ne tam cari capitis deſiderium minuiſſe videar ; cùm apud eos dicturus ſim qui nota ſibi omnia mentibus ſuis taciti ſuſcipient & cogitatione perſequentur. Adeſte animis, Adoleſcentes ſtudioſiſſimi, ea ſunt ejuſmodi quæ maximè vos ad pleniorem doctrinam labore conſequendam excitare, veſtriſque moribus informandis prodeſſe, debeant.

PARS PRIMA.

Cum ex hoc loco, non multis abhinc annis, verba facerem ; oſtendi ardentiſſimum illud quod apud Gallos tandiù viguerat Juriſprudentiæ ſtudium multùm deferbuiſſe, & à perversâ eorum vivendi atque ſcribendi conſuetudine, quæ noſtris præſertim temporibus ingraveſcere cœpit, repetendam eſſe tanti mali cauſam (1). Jam illa depravatio adoleſcentium animos à ſeverioribus diſciplinis ad futilia torſerat, cùm eximius ille vir de quo nunc agimus, latinis litteris diligenter excultus, univerſæ Philoſophiæ præceptis imbutus, atque etiam in Theologiæ ſtudio exercitatus, ad Juriſprudentiam animum appulit, ad quam ipſe per ſe naturali quodam impetu ferebatur. In hac civitate homines eruditiſſimi Jus civile docebant. Iis dedit operam ; ſed tunc legum explanationes ſubtiliſſimis quæſtionibus à Tyronum captu uſuque forenſi longiſſimè remotis refercire, ac multas inter ſe pugnantes ſententias in medium adducere, præcipua laus habebatur. Quibus auditis, primùm ſe admiratione obſtupefactum, deinde multò, quàm dudum, incertiorem fuiſſe de eâ re mecum agens ingenuè faſſus eſt.

Nolite quærere, Auditores, quid ei animi fuerit. Acerrimo ſupra ætatem judicii acumine præditus ſenſit laborum gradus fieri oportere, ut ad cujuſlibet artis ſummam proficiamus : optimam hanc eſſe Juris

---

(1) In oratione habita die 23 Novemb. ann. 1768.

præcipuè docendi diſcendique rationem. Equidem, quemadmodum ſcalarum ita & rerum quarum tam ardua tamque difficilis eſt cognitio, ſi alii tollantur gradus, alii malè hærentes relinquantur, ruinæ periculum ſtrui, non aſcenſum parari neceſſe eſt (1). Itaque domo ſe recipere, à principio ſingula repetere, ipſos pervolutare legum textus melioriſque notæ interpretes, perluſtrare antiquitatem, omnia diligenter & accuratè comparare, ſeponere, ac delibare inſtituit, quæ ad Juriſprudentiam percipiendam, inſtruendam penituſque pernoſcendam magìs accommodata videbantur. Quid plura? Tantos brevi tempore progreſſus fecit, ut ea jam potuiſſet docere, quæ nunc ſi quis eâdem ætate diſcere inciperet, in ſummâ laude poneremus.

Honores mox conſecutus, qui confecto ſtudiorum curriculo decerni ſolent, militiæ togatæ in ſupremâ Pariſienſium Curiâ nomen dedit & apud nos in *Præſidiali* judicum conſeſſu, cùm annum ageret vigeſimum primum, maximo bonorum omnium plauſu, locum obtinuit. Ad hanc dignitatem evectus, non deſtitit arduum & cum labore ad abundantiorem doctrinam directum iter tenere quod tam alacri ſtudio ingreſſus fuerat. Atque ut illud ab omnibus impedimentis liber expeditiùs conficeret, ſe à commercio vulgi ſegregavit & ſolitariam quodammodo vitam, in muſæo deinceps ad extremum uſque ſpiritum degendam, amplexus eſt. Cùm tamen publicæ utilitatis causâ, nullo commodo ſibi extrinſecus propoſito, improbum hunc laborem perferre decreviſſet, ſtatutis diebus, ſelectos quoſdam adoleſcentes iiſdem ſtudiis & amicitiâ ſecum conjunctos, in ſuam aliamve domum congregabat. Ibi, remiſſionum animi oblectationumque loco, familiares de Jure inſtituebantur ſermones, in quibus doctrina, quam quiſque ſuam fecerat & in unum contulerat, alterius acceſſione augebatur. Ipſe autem de dubiis tam enucleatè, de obſcuris tam dilucidè, de confuſis ac perturbatis tam ordinatè differebat, ut jam facilè augurarentur omnes, uberrimos magnoſque aliquando ex ejus navitate ac diligentiâ fructus extituros.

Hæc illa ſunt ſummi viri juvenilia. His proluſionibus egregium moliebatur opus quod maturiore ætate effecit, & eâdem ſeneſcente abſolvit. Hic ei ad doctrinam, quâ cæteris antecelluit, patuit aditus. Per

(1) Vid. Cic. 6, Epiſt. ad famil. 7.

aſpera obſitaque ſpinis ac ruderibus loca gradiendum ei fuerat, ut Juriſprudentiæ alumnis viam muniret ad legum cognitionem, & unà non Romani tantùm, ſed etiam Gallici Juris ſtudium in integrum reſtitueret. Hujus quem animo conceperat finis aſſequendi causâ, omnem laborem, omnem difficultatem contempſit. Nunc, quàm felix ſapientiſſimo conſilio reſponderit eventus, accipite, & ſinite ut tam laude dignam rem paulò altiùs repetam, eaque, quàm breviſſimè potero, expenam quæ ipſam omnibus planam facient.

Illud certâ experientiâ compertum habuerat, neminem exquiſitam ac reconditam legum ſcientiam conſequi poſſe, niſi eam ſibi ex Pandectarum libris hauriendam putaverit. Præclarè! Nam ſi ſpectemus autoritatem, occurrunt Juriſconſulti dignitate inſignes, rerum publicè gerendarum uſu exercitati, civili ſapientiâ pleni, doctrinâ & conſilio abundantes: ſi genus dicendi, nihil limatius, nihil preſſius, nihil clarius, nihil ad diſcendum accommodatius: ſi materiam ipſam, complectitur pulcherrimum Juris ſyſtema feliciſſimis Reipublicæ temporibus inventum ac formatum, ſub Imperatoribus, ab Auguſto ad Antoninos uſque, ſuis omninò numeris & partibus perfectum atque expletum: ex quo Romani univerſi orbis domini majorem adepti ſunt gloriam quàm ex imperii finibus tam latè propagatis.

Suo lumine adhuc diſcentium mentes perfunderent horumce Juriſconſultorum lucubrationes, niſi fata nobis eas invidiſſent. Barbaries funeſtiſſimâ contagione Romanum jam pervaſerat imperium, cùm Juſtinianus ex tot libris tanti ponderis & ſcientiæ reſponſa ſeligi Pandectaſque conſarcinari juſſit. Et quod magìs dolendum eſt, tam difficili negotio Tribonianum præfecit oneri prorsùs imparem. Hic in Latinâ linguâ, in legibus, in dialecticâ peregrinus & hoſpes operi manum admovet, & ad vivum omnia reſecans fragmenta tantùm nobis obtrudit, tam confusè tamque perturbatè disjecta, ut quaſi Sybillæ folia eſſe videantur. Priſci & antiquati Juris ejuſque diſſidii quod Proculianos inter & Sabinianos olim extiterat, veſtigia paſſim legentibus obvia relinquit: quod uno in loco ſervaverat, mutat in alio: interpolat ac depravat multa, ut ad jus novum ea detorqueat, & immenſum illud opus properans feſtinanſque triennio conficit. Illæ tamen Pandectæ vim legum obtinuerunt iniquiſſimo Juſtiniani edicto, quo ſimul ſanxit ut è medio tollerentur eximii veterum Prudentum libri. Hinc tot fugitivæ leges in aliam ſedem rejiciendæ, tot aliæ illuni nocte

obſcuriores, tot nodi reſecandi potiùs quàm ſolvendi præſtantiorum interpretum torſerunt ingenia, multoſque difficultate perterritos à capeſſendâ juris arte avocârunt.

Malo mederi pro ſuâ virili parte omnes ferè ſtuduerunt noſtræ diſciplinæ magiſtri. Quidam ſe probè ſuo functos officio putaverunt, ſi Juris præcepta per univerſas Pandectas diſperſa undecunque ſedulò colligerent, certoque ordine ſuis in loculis collocarent. Qui quidem mihi videntur operam navaſſe ſatis idoneam, ut primoribus labris Tyrones guſtarent Juriſprudentiæ principia; non ut flagrantem ejus perdiſcendæ ſitim explerent. Illi toti fuerunt in conciliandis diverſorum Juriſconſultorum opinionibus, neque infeliciter multas in concordiam reduxerunt; ſed acerrimam ſæpenumerò ſibi confingentes pugnam, ubi erat maxima conſenſio, litigandi & cavillandi potiùs, quàm de Jure diſputandi, artem docuerunt. Hi denique, quorum propè infinitus eſt numerus, latiſſima excogitaverunt commentaria doctis & intelligentibus utiliſſima; ſed eorum mole obruimur. Quis in legum ſtudio nondum verſatus atque exercitatus leget hæc? An ei non abſimilis qui, maris in littore ſedens, ſingulas undas numero amplecti conabatur, in iis pervolvendis omnem teret ætatem, ut inde omnium quæ quandoque inciderint negotiorum cognitionem hauriat (1)?

Quæ cùm ita ſint, vir ſummus, ad quem jam redit oratio, pace tantorum interpretum dixerim, hic ille tandem erat cujus ope renaſci Romana Juriſprudentia debebat, priſtinumque decus ac ſplendorem recipere. De Pandectis in ordinem digerendis cogitaverat; ſed nimiùm ſibi diffidens ac fortè exiſtimans id confici non poſſe, quod Vigelio, Juriſconſulto inter Germanos celeberrimo ex animi ſententiâ minimè ſucceſſerat, conſilium, quod jam ad incœptum conatumque perduxerat, mutaſſe videbatur, cùm unus è collegis in *præſidiali* conſeſſu, ingenio, litterarum cultu, multijugâ eruditione, ac præſertim legum ſcientiâ clarus, in cujus locum poſteà cooptatus Jus Gallicum in hac Cathedrâ docuit (2), eum enixè rogavit atque obteſtatus eſt, ut impenſæ operæ ſibi ſpecimen aliquod exhiberet. Ejus petitioni conceſſit homo ſingulari morum facilitate præditus. Tum ille mirari, laudare, illuſtriſſimo viro tunc temporis Galliarum Cancellario rem

(1) Vid. Duareni Epiſt. de ratione docendi diſcendique Juris.
(2) Cl. Anteceſſ. Michael *Prevôt de la Janès*.

nunciare Academiis foroque utiliſſimam. Hic dignitate Magiſtratuum, doctrinâ Juriſconſultorum princeps, qui de Autore multa, famâ & auditione, acceperat, humaniſſimâ epiſtolâ eum ad ſe vocavit ut ſecum de eâ re ſermonem haberet. Laudibus, conſiliis, monitis, cohortationibus egregium ejus cœptum promovit (1). Non potuit Autor detrectare provinciam ab illo ſibi impoſitam cujus imperia tam venerari debebat quàm amplecti. His auſpiciis alacrior & animoſior factus, omnem ſibi ſubſidio comparavit doctrinam & diligentiam, omnes vires ac nervos intendit, herculeumque exantlavit laborem ut opus perficeret. Ac tandem è prælo in lucem prodierunt tot expetitæ votis PANDECTÆ JUSTINIANEÆ IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ (2), in quibus conficiendis maximam, non juventutis modò, ſed etiam maturæ ætatis ſuæ partem, conſumpſerat.

Agite, AUD. librum hunc, nunquam de ſtudioſorum manibus deponendum, mente & cogitatione percurramus. Videte ut ſervatâ titulorum ſerie atque illæſo legum textu, in tractando cujuſque tituli argumento, confuſa oſcitatione Triboniani ac permiſta inter ſe diſcernit & in ordinem adducit : ut univerſam rem tribuit in partes & quæ infinita propè ac innumerabilia videbantur, in certa pauciſſimaque genera cogit : ut ejus ope, fragmenta ex veterum Prudentum ſcriptis avulſa, quantumvis mutila & lacera, principiis ſuis firmiſſimo nexu cohærent, & alia ex aliis, omnia verò inter ſe apta colligataque, dilucidè oſtendunt quæ quibus poſitis ſunt conſequentia : ac denique ut adjectis brevibus notis, quas à Cujacio ſuorum duce & adjutore laborum, maximâ ex parte mutuatus eſt, mendoſa & interpolata corrigit, componit diſſidia, latentia explicat, obſcura & ambigua interpretando explanat. Jam, quod maximè lætandum nobis eſt, prolixis & verboſis commentariis non eſt opus : deſpicatui ducuntur commentitiæ futilesque argutiæ quæ ingenii aciem obtundebant magìs quàm exacuebant : erroris & inſcitiæ nubes fugantur ac depelluntur : clariſſima lux in tantis tenebris oborta undique refulget. Laudent alii Amalphitanam

---

(1) Hæc probantur Epiſtolis Illuſt. Galliarum Cancellarii D. D. Dagueſſeau, ad Autorem ſcriptis : dieb. 16 Febr. 8 Septemb. ann. 1736; 1 Jan. 1739; 23 Auguſt. 1740; 10 Jun. 1741; 3 Mart. 1742; 6 Decemb. 1744; 10 Jan. & 20 April. 1745, quas mecum humaniſſimè communicavit Nobiliſſimus & omni laude cumulatus vir D. *d'Orléans de Villechauve.*

(2) Pariſ. apud *Saugrain, Deſaint & Saillant*; Necnon Carnut. apud *Le Tellier*, ann. 1748, 3 vol. *in-fol.*

civitatem in qua veterum Pandectarum codicem ſervatum ferunt : noſtra, ob Pandectas in ordinem digeſtas, majorem apud poſteros nominis celebritatem conſequetur.

At, inquiet fortaſſè aliquis, unus ex doctis Lipſienſibus in Præfatione operi affixâ & in Titulo *de origine Juris* multa quæ *majorem eruditionem*, *lectionem ampliorem* & *acumen criticum* ſapiunt, debitamque in opere ipſo, tanto cum labore perficiendo, curam deſiderat (1).

Non multùm his commoveor. Omittam hanc Præfationem, quam tam acerbè tamque aſperè exagitat & inſectatur, partum alienum eſſe à Pandectarum Autore adoptatum, novumque illum Ariſtarchum, dum plurima confidenter reprehendit, incurrere in juſtam aliorum reprehenſionem : hoc unum ſubjiciam, perperam eum ſibi *haud vulgaris eruditionis* laudem arrogaſſe. Ecquæ enim magna & exquiſita eruditio eſt, ſcire, regias leges in libro *Sexti* Papirii, an in libro *Sexto* Papirii fuiſſe conſcriptas : quot legatos à Græcis civitatibus leges petituros populus Romanus in Græciam miſerit : Senatuſconſultum Macedonianum nomen ſumpſerit à Macedone quodam nefario filiofamilias, ut nonnulli tradunt ; an ab improbo fœneratore, ut alii arbitrantur? Quid prodeſt legum interpretibus de ejuſmodi tricis inter ſe, tanquam pro aris & focis, digladiari : conjecturam aliâ conjecturâ, quaſi clavum clavo, ejicere : Juris hiſtoriam toties decantatam, aliaque à pluribus ſcripta, paucis commutatis verbis, ac ne commutatis quidem, deſcribere : & ut verbo totam rem complectar, perſonam induere Plautini illius coci qui ſe introiturum aiebat, ut, quod alius condiverat cocus, alio pacto condiret ? Quid tandem juvat ad legum cognitionem putidas renovare altercationes ex Tituli *de origine juris* interpretatione natas? An ſtudioſi ſemper ad hos Juriſprudentiæ poſtes tanquam ad lapidem adhæreſcent ? Laudabunt ne fortunas ſuas quod pulcherrimam hanc ſcientiam, quæ ipſis in amore atque in deliciis eſt & cujus præclara fortè nunquam audient effata, Hiſpanorum more, à limine ſalutaverint?

Nunc, cùm Autoris curam in opere ipſo perficiendo, indictâ causâ & ſuâ tantùm nixus autoritate, improbet adverſarius, non admodum

---

(1) Vid. Act. Erudit. Lipſ. publ. ann. 1753, *n.* 10, *pag.* 433 *& ſeqq.* Item ann. 1755, *n.* 15, *pag.* 673 *& ſeqq.*

moleſta erit præpoſteri hujus judicii confutatio. Nam ſi tàm levis eſt quàm eam videri voluit, cur celeberrimus *Gerardus Meerman*, Juriſconſultus Batavus, Roterodamenſis reipublicæ Syndicus, idemque apud Angliæ regem graviſſimâ legatione perfunctus, Autorem virum eruditiſſimum ac *feliciſſimum Pandectarum reſtitutorem* appellat(1): hujus autem videndi gratiâ, civis Hamburgenſis nobiliſſimus, Juriſque peritiſſimus *Henricus Kellinghuſen*, Aulicus Boruſſorum Regis Conſiliarius, in hanc urbem venerit & triginta novarum Pandectarum exempla in Germaniam ſecum aſportaverit? Quid doctiſſimus ille Hiſpanus, eximius in Salmanticenſi Academiâ Profeſſor: nonne, cùm iter faciens ſummi viri tunc abſentis conſpectu & ſermone frui non poſſet, voluit ſaltem hoc Juris Auditorium videre: ingreſſus in ejus ſubſellio ſedit; & poſtquam exclamaſſet, *in eo ſum loco in quo Juriſconſultorum Coryphæus aſſidere ſolet*, ſubſellium amplexatus eſt? Ergo nullius momenti operis omnia ferè exempla in Belgium fœderatum, in Germaniam, in Hiſpaniam atque in alias Europæ partes ſparſa & diſſeminata, magno ære veneunt & quaſi de manibus, adjecto majore pretio, extorquentur? Sed quæ demum cauſa commovit Illuſtriſſimum Cancellarium, quo reſpiciente ac favente confectum eſt, ut ordinis atque diſpoſitionis vim, perſpicuam legum compreſſionem & miram Autoris curam, diligentiam, conſtantiamque, in tantâ re, tam aſperâ, tamque difficili perficiendâ, laudibus extolleret(2). Quæ una certè approbatio ſatis ponderis habere debet ad retundendam adverſarii confidentiam.

Verùm, enim-verò confiteamur illud quod nobis negare non poſſe acerbiſſimum eſt. Noſtrates, quorum potiùs exemplo exteræ nationes ad Juriſprudentiam ex limpidiſſimis fontibus hauriendam excitari atque inflammari debuiſſent, præclarum hoc opus neglexerunt. Perverſas illas opiniones animo jam imbiberant, in tantâ hujus ætatis luce, eorum quæ latinâ linguâ conſcripta ſunt, nec admodum fructuoſam ſcientiam, nec pernicioſam eſſe ignorationem: hunc eſſe rerum humanarum ſtatum, ut ad uſum forenſem aut nihil aut parùm conferret, legum Romanarum cognitio. His igitur deſtituti auxiliis, maluerant eam doctrinam vituperare, quam aſſequi non potuerant. Atque ex eo evenerat ut ſola Pragmaticorum quorumdam Scripta, in quibus temeraria deciſionum malè cohærentium Senatuſconſultorumque invicem pugnantium congeries utramque paginam abſolvit, legendo contererent: ſi qua autem

(1) In Præfat. Tom. 4, ſui theſ. jur. editi Hagæ Comit. apud Petr. de Hondt, ann. 1752.
(2) In jam laudatis Epiſtolis quæ apud Dom. *d'Orléans de Villechauve*, in ſchedis ſunt.

exoriretur

exoriretur controverſia veræ ac germanæ Juriſprudentiæ principiis definienda, ſibi viderentur in alium quendam orbem eſſe delati.

Viderat hæc Pandectarum reſtitutor, cui jam patrii juris in Academia noſtra publicè docendi negotium, ſuſcipienti magìs quàm ambienti, mandatum fuerat. Nihil muneri ſuo convenientius præſtari à ſe poſſe exiſtimaverat, quàm ſi daret operam ut hoc quoque ſtudium in integrum reſtitueretur. Id conſilii cùm adhuc juvenis cepiſſet, huc propè ſeneſcens, confecto felicitèr Pandectarum opere, totus incubuit. Duodecim poſtremos ætatis ſuæ annos ad hunc finem conſumpſit, & intrà hoc breve ſpatium viginti volumina edidit, nec deſtitiſſet alia prælo mandare; niſi acerba mors ei de manibus calamum eripuiſſet. Ignoſcite, AUD. ſi paucis perſtringo hujus argumenti partes, de quibus Oratores optimi copiosè ac ornatè dixerunt.

Hoc tamen non prætermittam, utiliſſima illa volumina, ex quibus alia mores patrios veterum Juriſconſultorum præceptis illuſtratos, alia verò elegantiſſimas tractationes ex novis Pandectis deſumptas & ad hodiernum uſum aptatas exhibent, ab eo Gallicâ linguâ conſcripta fuiſſe, ut conſtaret inter omnes Gallicum Jus tam jejunum, tam nudum, tamque divulſum ac diſſolutum, ſuppleri, ornari, amplificari & ad artem quandam redigi non poſſe; niſi Romanæ leges ſubſidio venirent. Nec eum omninò fefellit ſpes quam ſibi in laboribus poſuerat. Pragmaticis enim perſuaſit illam quam ſpreverant Academicorum doctrinam, jis neceſſariam eſſe qui peritè ac decorè in foro verſari volunt: tantumque in eorum animos infudit ardorem, ut innumeri Juris Juſtinianei corpus in vernaculum ſermonem converſum, typis dignum putaverint, ſeque ad ſumptus faciendos repræſentatâ pecuniâ obſtrinxerint. Quantùm autem ipſe apud omnes horum-ce Scriptorum autoritate valuerit, ex eo intelligemus quod ſæpè patroni, vel etiam in ſupremo Senatu cauſam agentes, teſtem appellaverint eum, & ab eâ quam probaverat opinione judices non receſſerint. Quod quidem honoris haud ſcio an anteà cuiquam viventi unquam tributum fuerit.

Satis demonſtraſſe videor hunc doctrinâ cæteris præſtitiſſe, quâ Juriſprudentiæ alumnis viam munivit expeditiſſimam & maximè compendiariam ad legum cognitionem. Jam alterâ parte orationis videndum quomodò morum integritate præſtiterit atque effinxerit legum ſanctimoniam.

PARS ALTERA.

UBI corruptela mores invaſit, & plerique otio, deliciis, ambitioni, quæſtui ſumptuique dediti, à virtute atque officio deſciverunt, divino conſilio procreantur priſcæ integritatis ac ſeverioris diſciplinæ retinentes homines, ut quas laudes multi in his prædicari palàm & commendari viderint, ad earum æmulationem vehementiùs incendantur. In hujus gloriæ partem venit vir bonus de quo hic ſermo habetur. Ut olim apud Romanos M. Cato, majorum veſtigiis, ab ipſo ineunt's ætatis principio ad finem uſque, inſiſtere ſtuduit; neque ab optimâ eorum vivendi conſuetudine unquam ullum temporis punctum deflexiſſe viſus eſt, natus in ſui ſæculi ac poſteritatis exemplum. Doctrinâ Cujacius alter, ſuis etiam incorruptis moribus effinxit legum ſanctimoniam. Præclaram hanc laudem anteà præſtantiſſimi illius interpretis propriam, ſuam fecit. Hoc me facilè probaturum confido. Clariſſimis enim argumentis notiſque quas res ipſa dabit, oſtendam; primò, eum ad maximi momenti ſtudia ſimplicem ac modeſtiæ plenam vivendi, ſcribendi atque agendi rationem adjunxiſſe; in quo, legum, quæ de rebus maximi ponderis ſine ullo verborum fuco & apparatu feruntur, expreſſam quandam effigiem agnoſcemus: tum etiam, eundem, non ſecus ac leges, ex quibus quàm maximus fructus ad omnes pervenit, in exequendo duplici munere quod ſuſceperat, talem ſe præſtitiſſe, ut ad eum finem omnia officia referret: ac denique, illum ardentiſſimo erga religionem amore affectum fuiſſe, quo ſublato, legum morumque ſanctimoniam tolli neceſſe eſt. Dum hæc tria perſequor, AUD. benignè auſcultate.

Sæpè homines addicti negotiis quæ celebritatis aliquid ipſis parere poſſunt, maximè ſi quantulamcunque jam adepti ſint famam & opes ſuppetant, muneri quoque ſuo viciſſim, externo ſumptu, decus ac ſplendorem afferre conantur. At ille, exiſtimans dotibus ad munus obeundum idoneis, ſervatoque officio, illud honeſtandum eſſe, ſemper ab omni luxuriâ longiſſimè abfuit. Tanto ſtudio vitæ cultum cum elegantiâ & copiâ repudiavit, quanto eum plerique conſectantur. Vulgarem tantùm & nullius ferè ſaporis cibum adhibebat, ut reficeret vires valetudinemque ad labores perferendos ſuſtentaret. Paternâ & avitâ ſuppellectile utebatur, ad neceſſitatem magìs quàm ad inanem quandam divi-

tiarum oſtentationem. Eamdem mediocritatis rationem in veſtitu habendam eſſe putabat. Quacumque enim anni tempeſtate delectabat eum idem exterioris veſtimenti genus, eodem colore imbutum, virile, tam ab agreſti negligentiâ quàm à futili quovis ornatu aut exquiſitâ munditie remotum. Poſſem multa dicere de congreſſibus & familiaribus colloquiis, in quibus etiam ſumma moderatio gravitati mixta elucebat; ſed me ad ſeſe rapit, & hæc minora relinquere monet ejus ſcribendi ratio.

Multi, præcipuè ex Italicâ Scholâ, legum interpretes, non aliter ſe Juriſconſultos viſum iri putaverunt, quàm ſi horrido, & incompto dicendi genere uterentur: aliis autem tanta verborum cura fuit, ut in Grammaticorum potiùs quàm in Juriſconſultorum numero eos haberi conveniat. At illum, ab utroque vitio alienum, adhuc in eâ re modum ac decorum tenuiſſe, non dubitanter affirmo; quicquid dixerint molles quidam & voluptarii qui non in levibus ſolùm; ſed etiam in tantæ frugis ac præſtantiæ ſcriptis, luxuriem & delicias quærunt. Gallicum ejus ſermonem nullo artificio elaboratum, nullâ diligentiâ excultum ac expolitum eſſe cenſent. A quibus libenter quæſierim, an maximis laboribus lautiſſimam comparaverit doctrinæ ſuppellectilem, ut aures concinno verborum ſono demulceret? Nam ſi, ut intelligentes fatentur, in explanandis legibus, ſimplici, nitidâ & perſpicuâ oratione, veterum Juriſconſultorum more, uſus eſt: ſi juris præcepta, tam clarè tamque dilucidè expoſita, in diſcentium animos faciliùs influere poſſunt: ſi ſpretis omnibus quæ nonniſi ad fucum faciendum proſunt, ſincerè ac modeſtè ſcripſit, ut ipſæ leges loqui ſolent: hoc profectò mihi aſſentientur omnes, pleniſſimè eum præſtitiſſe quod muneris ſui morumque ſuorum ratio præſcripſerat. Hæc una eſt eloquentia noſtræ artis propria: aut ſi aliam diſſentientes confinxerunt, oſtendant nobis qualem eam eſſe oporteat.

Ultrà pergam: alia quippe mihi in promptu ſunt modeſtiæ exempla, ex quibus ſingularis quædam effloreſcit morum ejus & legum conſenſio. Ut enim leges, quæ non aliâ re magis quàm bonitate ſuâ commendari debent, procemia epilogoſque reſpuunt: ita & eos ille ſemper aſpernatus eſt. Hinc iis utentes, & extra rem ad permovendum verba facientes, cauſarum patronos ægrè ferebat. Hinc ipſe, cùm præſertim de ſe loqui indecorum exiſtimaret, nec ſcriptorum titulis nomen ſuum addi paſſus eſt, nec precibus unquam adduci potuit ut aliquam, quæ

ad ea ſcripta præmitteretur, præfationem excuderet. Pandectis præfixam, hortatu amicorum invitus penè ac recuſans, adoptavit. Et quod magis mirandum eſt, propter eam injuriâ laceſſitus, ſui defenſionem, quam alius eo inſcio nec opinante ſuſceperat, gratam acceptamque non habuit. Hæc cauſa dici non potuerat, quin multa ſimul de laudibus ejus dicerentur quas minimè libenter audire conſueverat. Animo igitur libentiori injuriam pertulit quàm laudem; digniſſimus cujus memoria, in hoc lectiſſimorum hominum cœtu, ſolemni laudatione celebraretur. Utinam ſe ipſum tueri ac defendere voluiſſet! ſtetiſſet intra præſtitutos inculpatæ tutelæ fines, quos defenſor ille injuſtâ critici velitatione commotus, prætergreſſus eſt.

Ab eo etiam ſervatum fuiſſe divitiis utendi modum, non inficiabuntur omnes qui ejus vitæ conditionem inſpicient. Namque cœlebs vixit & non modicas à parentibus vel propinquis facultates acceperat. Contempſiſſet eas, ſi non habuiſſet. Cùm autem honeſtâ ratione ad eum perveniſſent, naturalia illa bona nec aſpernatus eſt, nec, veterum quorumdam Philoſophorum exemplo, commentitiâ ſuperbiâ rejecit. Id enim non magis moderati animi eſſe arbitrabatur quàm ſi ea in ſumptum & libidines profudiſſet. Poſſeſſiones ſuas incultas ac deſertas non reliquit; ſed earum reditibus annuis & obventionibus ita uſus eſt, ut opes omninò habuerit tanquam liberalitatis ac beneficentiæ adminiſtras: decedenſque ſatis amplum, ad heredes gradu remotos, patrimonium tranſmiſit. Quid eſt, quæſo, rei familiaris curam gerere, ſi hoc non eſt? Non equidem ejus augendæ cupiditate aut amittendæ metu torquebatur. Studiis deditus quæ mentem à leviſſimi momenti rebus abducunt, has vel prorſus neglexit, vel aliis curandas permiſit quorum fidem perſpectam & exploratam habuerat. Adversùs debitores, vel etiam locupletes in longiſſimi temporis morâ conſtitutos, actionibus non expertus eſt, & iis, quos minùs ſolvendo eſſe ſuſpicabatur, creditam ſæpeſæpius pecuniam condonavit. Sed quis hæc vitio, non laudi: incuriæ nimirum potiùs quàm moderationi celſitatique animi, danda eſſe opinabitur?

Ex hoc uno indicio, illam, quæ ipſius quidam veluti character fuit & quam in omnibus præ ſe ferebat, modeſtiam ac moderationem cognoſcite. Latinis Poëtis potiſſimùm delectabatur, qui Romanorum ætati ſuæ ſupparium luxuriem, & inſatiabilem accumulandarum opum cupiditatem, acriùs inſectati ſunt. Cùm igitur inter nos de Horatio ſermo eſſet, cujus præſtantiora loca memoriâ tenebat, & incidiſſet in

Odarum libri ſecundi decimam-quintam, ubi poeta nervoſis verſibus increpat ſumptuoſum ſui temporis faſtum : eam quaſi poetico quodam ſpiritu afflatus recitabat, & hæc verba, voce, geſtu etiam & oculis ad vim addendam compoſitis, efferebat.

. . . . . Non ita Romuli
Præſcriptum, & intonſi Catonis
Auſpiciis, veterumque normâ.
Privatus illis cenſus erat brevis,
Commune magnum.

In quo & ipſe pravos noſtræ ætatis privatorum mores tacitus redarguere videbatur.

Dixi cœlibem eum vixiſſe : at in tam ſalebrosâ tamque proclivi ad libidinem vivendi conditione, quanta ſemper extitit ejus continentia! qui ne juvenis quidem, non æqualibus modo ſuis nullam unquam turpitudinis aut flagitii ſuſpicionem dedit; ſed ita vixit, ut ſenioribus ipſis perfectum & abſolutum eſſet integritatis & innocentiæ exemplum. Neque exiſtimandum eſt hoc ei naturâ tributum eſſe, ut contra voluptatum illecebras non contenderet, rarâque felicitate ſine prælio victoriam conſequeretur. Non enim, niſi qui cum hoſte congrediatur & vincat, militem laudaverim : & facilè in hanc adducor opinionem, eum qui à cæteris cupiditatibus, animi moderatione invictum ſe præſtitit, continui laboris, roboris animi, conſtantiæ, ac præſertim religionis ſubſidia ſibi comparaſſe, ut fortitèr pugnando libidinem vinceret.

Hæc privatim : nunc ea quæ publicè geſſit videamus. Quàm conſtanter, quàm aſſiduè operoſa, quibus adſcriptus erat, munia ſuſtinuit! Quantum in procurandis hominum commodis, legum exemplo, poſuit ſtudium! Nec remiſſionibus animi, quæ adoleſcentiæ concedi ſolent, aut iis voluptatibus, quibus maturior ætas ſine reprehenſione capitur, nec moderato quiete ac otio, in quo plerumque honeſtum ineſt aliquod ſenectutis perfugium; ſed minùs aſperis laboribus, intervalla ſtudiorum negotiorumque interpunxit. Putavit legum cognitionem, ad quam maximus in dies cumulus accedebat, mancam quodammodò futuram eſſe, niſi eam ad publicam utilitatem proferret. In eâ cogitatione defixus judicandi munus ſuſcepit, & ei obeundo tam aſſiduam annos quinquaginta dedit operam, ut ex faſtis diebus nulli elapſi ſint, quibus ſui co-

piam litigantibus non fecerit. Juvenis inter ſenes, Tyro inter veteranos mirabili doctrinâ inſtructus ſedit, cui nihil præter forenſem uſum deeſſe videbatur. Sed mox in eo verſatus idoneamque ad ſuffragium ferendum ætatem conſecutus, exemplo comprobavit illud, quo veteres totum judicis officium concludi poſſe arbitrabantur: legem eſſe mutum judicem, judicem verò legem loquentem. Etenim leges ita in deliberationibus interpretatus eſt, ut ipſæ, ſi loquerentur, non pleniùs aut dilucidiùs ſenſus ſuos explicarent. Quantus autem & quàm uberrimus fructus ex eo capi potuerit, integerrimis doctiſſimiſque viris notum eſt, qui, ut ejus voce ac doctrinâ fruerentur, ad eum ora & ſtudia convertere ſolebant.

Infelici temporum viciſſitudine multùm decreverat ejus collegarum numerus: vix ſuperſtites præfinitum litibus ſine provocatione dirimendis explebant. Quid non contulit ex eo quod eniti atque efficere poterat, ad hoc Curiæ damnum reſarciendum! Optimos adoleſcentes ingenio moribuſque conſpiciendos, in quibus etiam doctrina præcurrebat ætatem, adhortatus eſt, ut tam utile tamque honorificum juriſdicundi munus expeterent, nec pulcherrimam ſpem fruſtrari ſinerent quam patria in eximiis eorum dotibus repoſuerat. Alacri animo cohortanti obſecuti ſunt. Vir publici commodi amantiſſimus numerosâ, ut ita dicam, ſobole, Curiam replevit. Neque in eo conquievit flagrantiſſimum ejus ſtudium. Novos illos glorioſi laboris ſocios ac conſortes domo invitavit, ut intereſſent diſceptationibus quas de jure jamdiù inſtituerat. Cùm eorum causâ, tum ut magis concivium totiuſque provinciæ utilitati conſuleret, ſelecta patrii Juris capita, pleriſque negotiis accomodatiſſima, in quæſtionem vocabat. Ex ejus ore profluebant quæ de his rebus cogitari prudenter, aut certò definiri ac ſtatui poſſunt. Sic formabat diſciplinæ ſuæ alumnos, ut, ætate provectiorum exempla ſecuti, veri etiam eſſent legum miniſtri & cuſtodes, novaque luminibus adjungerent lumina.

Jam verò mihi videor illum quotidiè ad hoc Juris auditorium gradientem videre, in quo, tanquam in aliquâ civilis ſapientiæ officinâ, ſumma poteſtas Magiſtratus cauſarumque patronos inſtrui ac informari juſſit. Hunc reſpexerat finem, cùm ſe Gallici Juris docendi provinciæ addixerat. Itaque nec labori, nec ſumptui, nec valetudini pepercit, ut ambientes munera, in quibus tantum autoritatis eſt ac momenti ad publicam utilitatem, iis aliquando rectè & pro dignitate fungerentur.

Quos prælo quotannis mandabat libros vernaculâ linguâ conſcriptos, vivæ vocis oracula fundens evolvebat, & auditorum ſtudiis meliùs ſe conſulturum putabat, ſi contractuum regulas exhiberet, quibus commerciorum fides, ſocietas hominum inter ipſos & vitæ quaſi communitas continetur. Hinc eas, quò fructuoſiores illis eſſent, ad interioris obligationis & conſcientiæ normam retulit, ac diligentiſſimè perſecutus eſt. Notiſſimæ hujus regulæ, nobis à veteribus Juriſconſultis traditæ, *non omne quod licet, honeſtum eſt* (1) vim mentemque perſpexerunt, & illud potiſſimè intellexerunt, non cùm civilibus tantùm legibus obtemperamus; ſed & cùm ex naturæ præſcripto vivimus, omnem honeſtatem, omnem officii ac virtutis ſplendorem perfectamque omni ex parte juſtitiam, elucere.

Nec ſatis habuit tam egregiè partes ſuas agere; niſi etiam collegarum ſuorum partibus noſtræque Academiæ inſerviret. In adoleſcentium gloriæ appetentium animis, gloriæ igniculos excitavit, ut doctrinam ardentiùs appeterent. Rem cognitam & apud omnes pervulgatam loquor. Nam quis eſt qui neſciat eum honeſtiſſima præmia, aurea nimirum numiſmata, Juriſprudentiæ alumnis tam ſuis quàm reliquorum Anteceſſorum auditoribus, ſuis ſumptibus decreviſſe, quò magìs eos ad nobilem ingenii & doctrinæ contentionem alliceret: multos ſpe victoriæ, quaſi non indecoræ cujuſdam voluptatis titillatione allectos, in variis exercitationibus, quæ ſingulis annis publicè habebantur, eximium laboris ac diligentiæ ſpecimen edidiſſe: victores magno adſtantium plauſu comprobatos, honorem, dignam virtutis ac ſcientiæ mercedem, aſſecutos fuiſſe, auro quo donabantur longè pretioſiorem? Sed illud in primis ſibi lætandum eſſe videbat, quod ex his, qui in hujuſmodi certaminibus probati fuerant, numero plurimi poſteà, cùm in hac urbe, tum in aliis, patriæ utiliſſimam operam navarunt.

Cernite, A. miram ejus in procurandis hominum commodis conſtantiam. Calamo quem multo manè ſumpſerat, ut ſcriptis ſuis vacaret, tam ex Academico quàm ex forenſi auditorio domum reverſus, manum injiciebat. Totos dies operi inhærens, vix ſibi ad vires prandio inſtaurandas, indulgebat ſpatium: nec alias, niſi ut de jure conſulentibus reſponderet, laboris intermiſſiones fieri patiebatur. Innumeri enim,

(1) L. 144, pr. ff. de Reg. Jur.

non dicam concives tantùm ; ſed etiam exteri , tam ignoti quàm familiares & cogniti, tam è mediis ac infimis quàm è conſpicuis , ejus conſilio utendi causâ, eum ſæpe conveniebant. Cui unquam ſuum ille muſæum patere noluit ? Quem non comiter excepit ? Cujus verba quantumvis prolixa patienter ac benignè non audiit ? Brevibus dilucidiſque reſponſis omnes ex incertis certos dimittebat , & repetito confeſtim opere , illud acriùs perſequebatur, ut ex ſcriptis deinceps unuſquiſque ac univerſi, minore negotio reſponſa peterent.

Quis jam mirabitur hominem juriſdicundi docendique muneribus, ſtudiis , ſcriptis , omniumque utilitatibus mancipatum : cui nec alia procurare commoda, nec ſibi vivere licebat, ſe, à publicis quibuſdam negotiis removiſſe , eorumque adminiſtrandorum poteſtatem aliis ac laudem conceſſiſſe , quam ipſe potuiſſet adipiſci, ſi propoſitum ſuum & tam fructuoſam agendi rationem mutare voluiſſet.

Præclara quidem ſunt quæ hactenus audiſtis ; ſed ea pro nihilo putanda eſſe duxit ; niſi omnia diligenter ſervarentur religionis officia, quibus poſthabitis, nullam excogitari atque effingi poſſe diximus legum morumque ſanctimoniam. Indè factum eſt ut vitam non minùs pietati quàm doctrinæ tribueret , ſuiſque muneribus ac officiis tanquam ex religionis præſcripto perfungeretur. Quotidiè rei divinæ intereſſe, eâ primo diluculo diurnos labores auſpicari , omnes partes, omnia veri chriſtiani munia obire ac peragere ſolebat. Suî profuſus in pauperes, nunquam ullum diem abire paſſus eſt , quo non alicujus ſublevaret egeſtatem : tantaque ſæpeſæpius extitit largitas, ut ipſum liberalitatis fontem exhauriret. In eos autem non oſtentatione ductus, ſed commiſeratione : non inani gloriâ , ut benignè facere videretur , ſed muneris cujuſdam exequendi ſtudio : non ſolâ humanitate , ſed charitate tam beneficus ac liberalis fuit. Et , ut verbo dicam , divinis præceptis imbutus, quæ officia humanitatis ac beneficentiæ quaſi quodammodo ad perfectæ obligationis & juſtitiæ gradum evehunt, eoque amore impulſus quo religionem complectebatur, pauperibus largitus eſt.

Nec tantùm ad extremam egeſtatem redactos ; verùm etiam aut anguſtiâ rei familiaris, aut ære alieno , aut temporum acerbitate, aut calamitate publicâ oppreſſos & afflictos, in pauperum numero habuit. Egregia illa facta ſtudioſè occultavit. Veſtram, hîc ego, concives noſtri, ad quos plena & adæquata pervenit eorum cognitio, veſtram, inquam,

imploro fidem & auctoritatem. Scitis quàm munificus fuerit, quantam erogaverit pecuniam, cùm Ligeris, repentino fervens æstu, tot naviculas dejecit, tot absorbuit merces tantamque miserorum hominum rebus importavit jacturam : cùm Romorentinæis eodem calamitatis genere vexatis ac esurie laborantibus, comportatâ ex hac urbe magnâ farris copiâ, subventum est. Quid Genabæos commemorem ? Nonne & ipsis, in summâ rei frumentariæ inopiâ & caritate, opem tulit ? Singula non persequar quæ, temporis angustiis excluſus, non possum ne breviter quidem & strictim attingere.

Quoties autem ille vir beneficentissimus, quia religionis amantissimus erat, mecum graviter conquestus est de effrenatâ quorumdam Pseudophilosophorum licentiâ, qui, scriptis suis religionem adorti, nefarium aris bellum indixerunt ! Nostram dolebat vicem, quòd hac ætate teterrima illa lues, afflatu suo Galliam infecisset. Verebatur ne, cùm esset ex morum depravatione nata, ipsa vicissim morum depravationi afferret cumulum, publicisque institutionibus ac disciplinis nervos tandem incideret. Cujus rei luculentum in posthumo ejus tractatu nuperrimè publici juris facto, extat testimonium (1). Ecquis unquam meliùs exemplo demonstravit, quantùm prosit hominibus religionis morumque conjunctio ? Isti quidem portentosam finxerunt hypothesim, eos nempè, qui Deum esse negant, bonis moribus imbui posse. Quibus, si vellem hîc latiùs evagari, opponerem sophistam qui primus pernicioſam hanc opinionem inculcare molitus est (2), cujus scrinia & in primis *Dictionarium Historico - criticum* compilaverunt, dum hoc opus consarcinaret omnesque religiones subdolis cavillationibus infectaretur, in conquisitissimis obscœnitatum sordibus adeò volutatum fuisse, ut ambiguum reliquerit, utrum magìs opinionibus religioni infensis, an obscœnitate delectaretur. Possem gravissimos sapientissimosque Philosophos in medium educere existimantes, pietate adversùs Deum sublatâ, fidem etiam, humani generis societatem justitiamque tolli. Sed hæc missa facio. Adduxi Philosophum verè Christianum, simplicem, à quolibet sumptu fastuque remotum, omnibus cupiditatibus ac libidini frenum injicientem, officii servantissimum, æquitatis amantem, integrum, omnium inservientem commodis, charitatis cul-

(1) In tract. de præscript. §. 100, in fin.
(2) In libro cui titulus præfigitur *Pensées diverses à l'occasion de la Comète.*

torem: quem denique ardentiſſimus amor, quo religionem proſequebatur, talem effecit ac informavit. Eant nunc Atheiſmi præcones, & quemquam ex impiorum aut è ſuo grege proferant, cujus mores cum hujus tam pii viri moribus comparare audeant.

VERUM quid in eo laudando immoror? An ut, ex tot tamque excellentium virtutum recordatione, plus mœroris percipiamus, aut aliquam indè repetamus ægritudinis levationem? Quòd eo jam frui nobis non licet, noſtrum quidem id malum eſt; at non totus è vitâ ceſſit. Aliis vixit, non ſibi. Nobis vivit adhuc ſcriptis & exemplis. Hæc, æquè ac illa, cunctis profutura ſunt. Cùm in hujus Cathedræ poſſeſſionem induceretur dilectiſſimus collega noſter, omnium voto & aſſenſu in ejus locum ſuffectus (1), egregiè laudavit eum & ultrà progreſſus eſt. Ejus impreſſum veſtigiis iter ingredi conſtituit. Se doctrinâ & moribus dignum præſtitit, qui tanto viro ſuccederet. Pergat, ut facit, præclarum hoc nomen tueri ac retinere. Huic parieti Cathedræ oppoſito affixum marmor, nullis ſignis nulloque ornamento arte quæſito diſtinctum, hæreat. *Res ornari vetat contenta doceri.* Hæc verba, in eo inciſa, legant deinceps muneri *Anteceſſorio* præficiendi: his expreſſum exemplar intueantur & illud ſibi ad imitandum proponant.

HIC DOCUIT
ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER, ANTECESSOR,
IDEMQUE IN *PRÆSIDIALI* JUDICUM CONSESSU CONSILIARIUS;
PANDECTARUM RESTITUTOR FELICISSIMUS,
SCHOLARUM ET FORI LUMEN,
CUJACIO MOLINÆOQUE NON ABSIMILIS.
DOCTRINA ET MORIBUS PRÆSTITIT;
ILLA VIAM MUNIVIT EXPEDITISSIMAM
AD LEGUM COGNITIONEM:
HIS EFFINXIT LEGUM SANCTIMONIAM.

---

(1) Cl. Anteceſſ. Dionyſius *Robert de Maſſy.*

ÉLOGE
HISTORIQUE
DE M. POTHIER.

Par M. LE TROSNE, *Avocat du Roi au Préſidial d'Orléans.*

IL eſt des hommes ſi célebres dans leur genre, qu'il ſuffit de les nommer pour donner l'idée de la perfection. Tel fut dans la ſcience du Droit, *Charles Dumoulin* : tel a été de nos jours M. POTHIER. Ses contemporains l'ont regardé comme le plus grand Juriſconſulte qui ait paru depuis pluſieurs ſiécles. Son avis a fait autorité de ſon vivant dans les Tribunaux ; & la poſtérité ne fera que confirmer & affermir ce jugement.

Si nous n'avions à admirer en lui que la ſcience du profond Juriſconſulte, il ſuffiroit de renvoyer à ſes Ouvrages, qui contiennent éminemment cette partie de ſon éloge. Mais cet homme excellent nous a fourni le modele le plus parfait du Philoſophe Chrétien, du Sage, du Magiſtrat, du Citoyen. Les qualités de ſon cœur nous l'ont rendu plus cher encore & plus reſpectable que ſes talens. Elles ſont gravées par la reconnoiſſance & l'admiration dans la mémoire de tous ceux qui ont été à portée de les contempler : & ſans doute ils en conſerveront à jamais le ſouvenir. Mais ne devons-nous rien à ceux qui ne connoiſſent que le Juriſconſulte ; ne devons-nous rien à ceux qui nous ſuivront ? Les exemples des grands-hommes ne peuvent être tranſmis que par ceux qui ont vécu avec eux : c'eſt une dette que les contemporains contractent envers la poſtérité.

Nous recherchons avec empreſſement les tableaux qui retracent à nos yeux les traits des hommes célebres. Je me félicite de poſſéder le portrait de M. Pothier : je me rappellerai toujours, avec la plus vive ſatisfaction, la peine que j'ai eue à obtenir cette faveur, & la violence que ſon amitié pour moi a faite à ſa modeſtie.

Ne nous reſte-t-il donc plus de lui que cette reſſemblance froide & inanimée que le burin s'eſt empreſſé de multiplier? Triſte & ſtérile conſolation, plus propre à entretenir nos juſtes regrets qu'à les calmer. Ne poſſédons nous pas un tréſor infiniment plus précieux ; le ſouvenir de tant de vertus qui formoient le caractere de cet homme unique? N'eſt-ce pas-là cette reſſemblance qu'il nous importe le plus de conſerver? Mais qui peut eſpérer de peindre dignement les traits de cette ame ſi belle, ſi ſimple tout-à-la-fois & ſi ſublime; de cette ame qui ſembloit être d'un ordre ſupérieur & élevée au-deſſus de la condition ordinaire des hommes? Comment éviter d'être accuſé par les uns d'avoir exagéré le tableau de ſes vertus, & d'être en même-temps accuſé, par ceux qui l'ont connu, de l'avoir à peine ébauché? Marchons entre ces deux écueils, en payant un juſte tribut de louanges à la mémoire d'un homme qui a tant honoré ſon ſiecle, ſa patrie & l'humanité. Tâchons de réunir la vérité de la reſſemblance à la modeſtie du ſtyle : plus ſon éloge ſera ſimple, moins il ſera indigne de lui.

PREMIERE PARTIE.

Mr Pothier naquit à Orléans le 9 Janvier 1699, d'une famille honorable ; ſon pere étoit Conſeiller au Préſidial. Il apporta en naiſſant un tempérament foible, qu'il fortifia par la tempérance & la ſobriété, & des diſpoſitions que l'étude & l'application développerent par la ſuite. Il en eſt de l'eſprit comme du corps : faute de l'exercice qui lui eſt propre, il perd l'uſage de ſes facultés, qui s'engourdiſſent dans l'inaction. La principale utilité d'un maître, conſiſte à fixer la légéreté par l'application ; à régler & à modérer l'imagination ; à former le jugement ; à donner du reſſort à l'eſprit en l'accoutumant à réfléchir, à examiner, à diſcuter. Mais il eſt infiniment plus rare de trouver ce talent dans les maîtres, que des diſpoſitions dans les jeunes gens ; & faute de cette culture, combien de ſujets deviennent incapables des études ſuivies & ſérieuſes!

Ces ſecours manquerent abſolument à M. Pothier. Il perdit ſon pere à l'âge de cinq ans, & ne trouva de reſſources qu'en lui-même pour ſon éducation. Le College des Jéſuites étoit très-foible, & il y fit de bonnes études ; parce que les hommes de génie n'ont beſoin que d'être mis ſur la voie, & ne doivent leurs progrès qu'à eux-mêmes. Les bons Auteurs de l'antiquité qu'on lui mit entre les mains, furent ſes maîtres : dès qu'il parvint à les entendre, il ſçut les goûter ; & le goût décide néceſſairement du ſuccès. Aidé d'une mémoire heureuſe

& d'une grande facilité, ſeul enſuite il perfectionna ſes connoiſſances, & parvint à acquérir un fonds de littérature qu'il conſerva toute ſa vie, ſans avoir le temps de le cultiver; & un diſcernement ſur qui eſt le principal fruit des bonnes études.

Il fit ſon Droit dans l'Univerſité d'Orléans, qu'il devoit un jour rendre ſi célebre, & y trouva moins de ſecours encore pour l'étude des Loix, qu'il n'en avoit trouvé au College pour celle des Lettres. Les Profeſſeurs qui occupoient alors les Chaires de l'Univerſité, abſolument indifférens aux progrès des jeunes gens, ſe contentoient de leur dicter quelques leçons inintelligibles, & qu'ils ne daignoient pas mettre à leur portée. Ce n'étoit pas proprement la ſcience du Droit qu'ils enſeignoient. Ils ne préſentoient de cette ſcience ſi belle & ſi lumineuſe par elle-même, que ces épines & ces contrariétés qui lui ſont étrangeres, & qui n'y ont été introduites que par l'incapacité & la mauvaiſe foi des rédacteurs des Pandectes: au-lieu d'expliquer les textes d'une maniere propre à inſtruire, ils ne rempliſſoient leurs leçons que de ces queſtions ſubtiles, inventées & multipliées par les Controverſiſtes.

A cette maniere d'enſeigner, on auroit pu croire qu'ils n'avoient d'autre objet que de fermer pour toujours le ſanctuaire des Loix aux Etudians, par le dégoût qu'ils ſçavoient leur inſpirer: ſemblables à ces anciens Patriciens, qui, pour tenir le peuple dans leur dépendance, lui cachoient, avec ſi grand ſoin, les formules des actions, & s'étoient approprié la connoiſſance des Loix qu'ils avoient ſoin de voiler ſous une écorce myſtérieuſe. Un enſeignement ſi peu inſtructif & ſi défectueux, ne pouvoit ſatisfaire un eſprit auſſi ſolide & auſſi juſte que celui de M. Pothier: heureuſement il ne fut pas capable de le rebuter; il en ſentit les défauts, & ſuppléa, par ſon travail, aux ſecours qui lui manquoient. Dans toutes les ſciences, ce ſont les premiers pas qui ſont les plus difficiles; il les franchit ſeul par l'étude ſérieuſe des Inſtituts, dans laquelle il s'aida du Commentaire de Vinnius, & ſe prépara ainſi à aller puiſer à la ſource même du Droit, par l'étude la plus profonde & la plus ſuivie des Pandectes.

Il ne ſçavoit point encore, en terminant ſon Cours, quel uſage il feroit des degrés qu'il avoit ſi bien mérités. Il s'agiſſoit pour lui de ſe décider ſur le choix d'un état: démarche ſi importante, & dans laquelle le hazard, un goût paſſager, ou les circonſtances, décident ſouvent du ſort de la vie. Il forma le projet d'entrer dans la Congrégation des Chanoines Réguliers, & n'en fut détourné que par l'attachement qu'il avoit pour ſa mere. Il eſt à préſumer que portant dans cet état un

cœur plein de droiture & de religion, il eût été un excellent Religieux; mais il n'eût été utile qu'à lui-même: & la Providence le deſtinoit à donner dans la vie civile, l'exemple le plus frappant de toutes les vertus chrétiennes & ſociales, & à devenir dans la ſcience du Droit, l'oracle de ſon ſiecle & de la poſtérité.

Il ſe détermina pour la Magiſtrature, & fut reçu Conſeiller en 1720. Le choix de cet état fixa abſolument celui de ſes études, & dès-lors la Littérature ne fut plus pour lui qu'un amuſement paſſager. Encore fut-il obligé d'y renoncer par la ſuite, lorſque ſes occupations ſe multiplierent; mais il avoit tiré de ces fleurs les fruits les plus utiles, la connoiſſance des bons Auteurs, & l'habitude qui lui devint ſi néceſſaire d'entendre & d'écrire la langue latine. Converſoit-il avec ſes amis, il retrouvoit dans ſa mémoire, comme dans un dépôt fidele, les plus beaux endroits d'Horace, & ſur-tout de Juvenal, dont il aimoit principalement la force & l'énergie; & il les récitoit avec un feu qui lui étoit propre.

Pendant les dix à douze premieres années après ſa réception, il joignit à l'étude du Droit celle de la Religion & de la Théologie, qu'il aimoit à puiſer dans les ſources, & principalement dans S. Auguſtin, & dans les Ouvrages des grands hommes de Port-Royal, pour leſquels il avoit la plus grande vénération. M. Nicole fut toujours ſon auteur favori, comme il l'eſt de tous ceux qui ont dans l'eſprit de la juſteſſe, & qui préferent la ſolidité du raiſonnement aux agrémens de l'éloquence: il en continua la lecture toute ſa vie.

Mais cette étude particuliere ne prenoit rien ſur les devoirs de ſa place. Sa grande facilité & une économie rigoureuſe de ſon temps, lui donnoient le moyen de ſuffire à tout. Il fit uſage le premier au Bailliage d'Orléans, du droit qu'ont les Rapporteurs d'opiner dans les affaires dont ils font le rapport, quoiqu'ils n'aient pas vingt-cinq ans; & jamais cette exception à la regle ne fut mieux appliquée. Tandis qu'il commençoit dans ſon cabinet à acquérir ce fonds de connoiſſances, que cinquante ans du travail le plus aſſidu devoient rendre ſi riche & ſi étendu, il apprenoit au Palais à en faire l'application, & ſe formoit par l'uſage, que rien ne peut ſuppléer dans l'exercice de la Magiſtrature. Il y joignoit de fréquentes converſations avec un Avocat très-inſtruit; ſes promenades même étoient des conférences: il s'aſſocioit le plus ſouvent un ami avec lequel il avoit appris l'Italien; & pour n'en pas perdre l'habitude, ils agitoient dans cette langue les queſtions qui ſe préſentoient.

A peine fut-il majeur, qu'on s'apperçut au Palais combien ce jeune

Magiſtrat avoit déja d'acquis. A meſure qu'il étudioit une matiere, il en compoſoit un Traité; perſuadé que la meilleure, peut-être la ſeule maniere de ſe rendre propre une ſcience, eſt de la travailler par écrit. La néceſſité de mettre de l'ordre dans ſes idées, de les bien concevoir pour les bien rendre, de les enviſager ſous toutes les faces, force l'eſprit à l'application, & l'accoutume à la juſteſſe & à la méthode: avantage que la lecture, même répétée, ne peut jamais procurer.

M. Pothier n'eut pas plutôt commencé à étudier le Digeſte, qu'il ſentit cet attrait invincible qu'éprouva le Pere Mallebranche, à la lecture de l'homme de Deſcartes: il reconnut ſa vocation, & la ſuivit.

Les Loix d'un peuple auſſi célebre que les Romains, forment une partie plus intéreſſante de ſon hiſtoire, que celle de ſes victoires & de ſes conquêtes. Cependant, ſi cette connoiſſance n'étoit pour nous qu'un objet de ſimple curioſité, le travail de M. Pothier ſeroit d'une utilité médiocre, & dès-lors on peut aſſurer qu'il ne l'eût pas entrepris. Mais les Loix Romaines ſeront dans tous les temps, & pour tous les peuples, la vraie ſource du Droit & de la Juſtice diſtributive. Otez-en ce qui s'y trouve de particulier aux mœurs de ce peuple, à ſa conſtitution, à ſa forme de procéder, le ſurplus eſt puiſé dans les vraies notions du juſte & de l'injuſte, appliquées aux différentes actions que les hommes peuvent avoir à exercer.

Le Droit civil devint donc le principal objet de ſes études: il s'y ſentit entraîner par un goût qui eſt le garant & la cauſe des ſuccès. Mais plus il avançoit dans ce travail, plus il ſentoit l'imperfection & le déſordre de la compilation qui nous reſte des Loix Romaines. Il ne fut pas dégoûté par ce défaut: il étoit, ſans le ſçavoir, encore deſtiné à le réparer. Tous les Juriſconſultes, depuis la découverte des Pandectes, avoient ſenti les inconvéniens de ce déſordre; tous l'ont ſurmonté pour eux-mêmes à force de travail; aucun n'a oſé entreprendre d'applanir cette difficulté pour les autres. M. Pothier n'y auroit pas ſongé non plus, s'il n'y eût été engagé de maniere à ne pouvoir s'y refuſer. Il avoit commencé ce travail de lui-même, & pour ſa propre utilité: mais ſa modeſtie ne lui permettoit pas de former le projet de l'achever & de le publier. Il avoit jugé de la difficulté de l'entrepriſe, par le peu de ſuccès de Vigelius, célebre Juriſconſulte Allemand, qui l'avoit tentée. Cependant il avoit achevé des Paratitles ſur les Pandectes; & ce travail étoit un acheminement. Il avoit fait plus, il s'étoit formé un plan pour rétablir l'ordre des Textes, & l'avoit rempli ſur pluſieurs titres importans. Il communiqua un de ces eſſais à M. Prévôt de la Janès, Conſeiller au Préſidial, & Profeſſeur de Droit Fran-

çois, qui, jugeant de la poſſibilité du ſuccès par ce qu'il en voyoit, trouva le moyen de forcer la modeſtie de M. Pothier.

Il annonça à M. le Chancelier Dagueſſeau, le mérite & les talens de l'Auteur, ſon application infatigable, ſon plan & ſes ſuccès. M. le Chancelier, qui ſentoit toute l'importance de cette entrepriſe, chargea M. de la Janès d'encourager M. Pothier, qui promit enfin ce qu'on exigeoit de lui, & ne s'occupa plus qu'à remplir cet engagement. Il envoya à M. le Chancelier pluſieurs eſſais de ſon travail. Ce Magiſtrat en fut très-ſatisfait; l'invita à venir en conférer avec lui, & lui communiqua ſes vues pour la perfection de l'ouvrage, par un Mémoire d'Obſervations qu'il lui remit le 24 Septembre 1736, qui prouve en même temps l'étendue des connoiſſances de M. le Chancelier, & l'idée qu'il s'étoit formée de cette entrepriſe (1).

Pour faire ſentir l'étendue & le prix du travail de M. Pothier, il eſt néceſſaire de donner une idée de cet Ouvrage.

---

(1) On ſera bien aiſe de trouver ici l'extrait de quelques lettres de M. le Chancelier à M. Pothier : elles ſe ſont trouvées dans le Cabinet de M. de la Janès, qui les raſſembloit. M. d'Orléans-de-Villechauve a bien voulu me les communiquer. Ces lettres prouvent en même-temps l'étendue des connoiſſances de M. le Chancelier; l'eſtime qu'il faiſoit de l'Auteur, & l'idée qu'il s'étoit formée de cet Ouvrage, dont il avoit l'exécution très à cœur. L'approbation d'un homme tel que M. Dagueſſeau, contient le plus grand éloge.

La premiere lettre ne ſe trouve pas : *Voici la ſeconde.*

» M. j'ai reçu le travail que vous avez fait ſur le titre *De Solutionibus*, & je profiterai du » premier moment de loiſir que j'aurai pour l'examiner avec toute l'attention que mérite un » Ouvrage ſi difficile à bien exécuter, & dont l'entrepriſe ſeule mérite des louanges. Je vous » communiquerai avec plaiſir les réflexions que j'y aurai jointes, afin que vous puiſſiez mettre » le public en état de profiter un jour du fruit de vos veilles. » *16 Fevrier 1736.*

Troiſieme Lettre. . . . . . » Je ſuis fort content de ce que j'ai vu du travail que vous avez » entrepris, & même bien avancé, ſur la Juriſprudence Romaine; & j'y trouve un ordre, » une netteté & une préciſion qui peuvent rendre cet Ouvrage auſſi utile que l'entrepriſe eſt » louable. Il me ſemble ſeulement qu'on pourroit le porter à une plus grande perfection; & » j'ai fait quelques remarques en le liſant, qui tendent à cette fin. Comme il ſeroit bien long » de s'expliquer par écrit ſur une pareille matiere, je ne ſerois pas fâché d'avoir quelques » converſations avec vous pour vous expliquer plus aiſément ma penſée. Vous allez être » dans un temps de vacations; & ſi vous voulez en profiter pour venir paſſer deux ou trois » jours à Paris, je ſerai fort aiſe de connoître un homme de votre mérite, & de vous faire » part de mes réflexions. Mais ſi vous n'avez point d'autres raiſons qui vous appellent en ce » pays, il ſera bon que vous m'avertiſſiez par avance du temps dans lequel vous pourrez y » venir, afin que je vous faſſe ſçavoir ſi je ſerai libre, de mon côté, dans le temps qui vous » conviendra. Le bon uſage que vous ſçavez faire de votre loiſir, m'engage à ménager vos » momens avec une attention que vous devez regarder comme une preuve de l'eſtime avec » laquelle je ſuis, M. &c. *8 Septembre 1736.*

M. Pothier ſe rendit à Paris ſur cette lettre, & conféra avec M. le Chancelier, qui lui remit le 24 Septembre un écrit contenant ſes vues pour la perfection de l'Ouvrage. On voit par l'exécution, que M. Pothier en a fait uſage. M. le Chancelier termine ce petit Mémoire par la comparaiſon du travail de Vigelius avec le plan de M. Pothier, qui lui eſt ſi ſupérieur. Voici comme il s'en explique.

» L'Ouvrage de Vigelius, qui a eu une idée fort approchante de celle de M. Pothier, pourra » lui être d'un très grand ſecours; & il y a quelque choſe de meilleur & de plus utile dans

La

La Loi des Douze-Tables fut chez les Romains la baſe du Droit civil (2). Cette Loi ſi célebre dont Rome envoya puiſer les principes

» le deſſein de M. Pothier, parce qu'il n'emploie que les termes des Loix, & préſente le texte » dans ſa pureté; au-lieu que Vigelius écrit preſque toujours d'après lui-même, ſans s'aſſujettir » aux expreſſions des Juriſconſultes, & ſe contente de citer les Loix dont il emprunte les » principes. »

M. Pothier envoyoit de temps-en-temps à M. Dagueſſeau des morceaux de ſon Ouvrage, & lui rendoit compte de l'avancement de ſon travail. On le voit par des réponſes qui y ſont relatives.

. . . . . » Je vois avec plaiſir la perſévérance avec laquelle vous continuez » de travailler à un Ouvrage auſſi vaſte & auſſi pénible, que celui dont vous avez déja fait » une ſi grande partie. Je me reproche depuis long-temps le ſilence que j'ai gardé ſur les der- » niers eſſais que vous m'en avez envoyés; mais outre que le temps de vous écrire ſur ce » ſujet, comme je l'aurois deſiré, m'a manqué, je crois qu'il vaut mieux vous laiſſer avancer » votre travail, dont j'ai été fort content; parce que les remarques qu'on pourroit y faire » ſeront mieux placées quand vous en ſerez à la reviſion de tout l'Ouvrage. Il ſeroit à ſou- » haiter que vous puſſiez avoir des adjoints capables de diminuer vos peines en les parta- » geant. . . . . Vous me ferez plaiſir de me marquer de temps-en-temps en quel état ſera » votre Ouvrage. *1 Janvier 1739.*

» Je n'ai pu trouver plutôt le temps de répondre à la lettre que vous m'avez écrite pour » m'informer du progrès du grand Ouvrage que vous avez entrepris : j'y ai vu avec plaiſir » que vous le ſuivez avec une application & un courage infatigables. Les analyſes que vous » voulez mettre à la tête de chacun des titres, pourront être d'une grande utilité pour les » jeunes gens : elles formeront comme des élémens de toute la Juriſprudence civile. Vous » en profitez le premier, par les vues que ce travail vous donne pour perfectionner encore » plus ce que vous avez déja fait. Il ſeroit effectivement à deſirer que vous trouvaſſiez quel- » qu'un qui pût vous ſoulager à l'égard des notes. . . . . Je ne ſçaurois trop louer la conſ- » tance & la diligence avec laquelle vous continuez à vous livrer à un travail ſi pénible & » ſi immenſe, ni trop vous aſſurer de l'eſtime, &c. *23 Août 1740.*

» . . . . . Vous prendrez la peine de me marquer à quoi montera la dépenſe néceſſaire pour » la copie que vous voulez faire faire de votre Ouvrage. *10 Juin 1741.*

M. Pothier fit un voyage à Paris en 1742 : c'eſt ce qui paroît par la lettre ſuivante. » J'ai » remis votre premier mémoire entre les mains de M. d'Argenſon, qui n'eſt pas moins diſpoſé » que moi à vous procurer toutes les facilités dont vous pouvez avoir beſoin pour l'impreſ- » ſion du grand Ouvrage, que vous avez preſque achevé avec un travail infatigable. Il doit » m'en rendre compte demain; & ſi vous voulez venir chez moi à Paris mercredi matin, » je ſerai en état de vous faire une réponſe plus préciſe. *3 Mars 1742.*

M. Pothier répandit ſon *Proſpectus* en 1744, & reçut cette lettre de M. le Chancelier à ce ſujet. » Je reçois avec plaiſir le *Proſpectus* que vous m'avez envoyé du grand Ouvrage que » vous avez entrepris. Vous ſçavez combien j'en ai approuvé le deſſein & les différens eſſais » que j'en ai vus. Le dernier que vous avez fait imprimer, acheve de me donner une idée » avantageuſe de votre travail; & la forme de l'impreſſion & du caractere me paroît fort » convenable. . . . . J'aurai ſoin de le faire annoncer dans le Journal des Sçavans, pour » vous procurer promptement le plus grand nombre de ſouſcriptions qu'il ſera poſſible. Elles » ne ſe feroient pas attendre long-temps, ſi l'empreſſement du public répondoit toujours au » mérite des ouvrages. » *6 Décembre 1744.*

» . . . . . Je ne doute pas que vous n'employez cette année auſſi utilement que les autres » à achever & à faire imprimer ce grand Ouvrage qui vous occupe depuis long-temps, & » qui me paroît être très bien reçu dans le public. . . . . Si les deux titres *De verborum* » *ſignificatione*, & *De diverſis regulis Juris antiqui*, ſont entiérement finis de votre part, je » ſerois bien aiſe que vous priſſiez la peine de me les envoyer, ou de me les apporter quand » vous aurez occaſion de venir à Paris; parce que j'ai quelques vues ſur ces deux titres, dont » je crois que vous pourriez profiter pour leur donner toute la perfection néceſſaire, ſi vous » ne l'avez pas déja fait. » *10 Janvier 1745.*

(2) Les Loix particulieres & les plébiſcites qui furent portés ſous la République juſqu'au temps d'Auguſte, ne formoient pas une augmentation conſidérable.

dans la Grece, & que tant de grands hommes ont élevée au-deſſus des ouvrages les plus vantés des Philoſophes, étoit d'une ſimplicité & d'une briéveté ſinguliere. On reconnut peu-à-peu qu'il étoit indiſpenſable de l'interpréter pour en faire l'application à la multitude & à la variété des affaires; & l'on vit paroître ſucceſſivement une foule d'explications & de Commentaires. Ces divers développemens de la Loi des Douze-Tables firent naître ce qu'on appella le *Droit civil*, dans un ſens étroit & par oppoſition aux Loix (3), dont ce Droit, dans ſon origine, n'avoit ni le caractere ni l'autorité. Les Préteurs adopterent cette Juriſprudence par laquelle ils trouverent moyen de modifier la Loi des Douze-Tables, & d'adoucir ſa trop grande rigueur; & comme elle n'étoit pas encore fixée invariablement, ils annonçoient par leurs Edits, au commencement de leur Magiſtrature, les principes ſur leſquels ils ſe propoſoient de juger. Les formules inventées, pour la pourſuite des actions, formerent encore une autre partie du Droit civil, qui devint ſi conſidérable, que Cicéron ſe plaignoit déja de ſon temps, de ſa trop grande étendue.

Mais quels prodigieux accroiſſemens ne prit-il pas depuis, non-ſeulement par les Sénatusconſultes, qui, ſous Tibere, acquirent force de Loi, & par les conſtitutions des Empereurs, mais beaucoup plus encore par les déciſions, les conſultations, & les Ouvrages des Juriſconſultes. Ce fut ſous les Empereurs que parurent en foule Trebatius, Labeon, Capito, Sabinus, Proculus, Julien, Africanus, Caius, Scævola, Papinien, Paul, Ulpien, Aquila, & tant d'autres qu'il ſeroit trop long de nommer. Leurs déciſions n'avoient pas force de Loi par elles-mêmes; mais elles avoient acquis par l'uſage une grande autorité; elles étoient conſultées & ſuivies dans les jugemens, & paſſoient pour Droit non écrit.

Le Droit civil, formé de tant de différentes parties, étoit, avec le temps, devenu une collection immenſe, & ſon étendue devoit peu-à-peu cauſer ſa ruine. Les changemens arrivés dans la conſtitution, dans les mœurs, & dans la religion, depuis que Conſtantinople étoit devenu le Siége de l'Empire, avoient apporté néceſſairement bien des changemens dans l'ancien Droit, & devoient peu-à peu en faire négliger la connoiſſance & l'étude.

Il étoit donc bien à propos de former de tant de matériaux épars, un édifice unique & régulier. Que nous ſerions heureux, ſi un Ouvrage auſſi important eût été exécuté dans un ſiecle plus éclairé & plus inſtruit! Il ne le fut que dans le ſixieme, par les ordres de Juſtinien,

(3) *Jus prudentum interpretatione, vel diſputatione Fori introductum.*

dans un temps où le goût étoit dégénéré, & où la barbarie avoit commencé à défigurer l'Empire Romain.

Tribonien fut chargé de cet Ouvrage, qui auroit demandé un de ces fameux Juriſconſultes, tels qu'il n'en paroiſſoit plus depuis longtemps. Mais quoiqu'infiniment inférieur au travail qu'il entreprenoit, il auroit pu le rendre moins défectueux, s'il y eût employé le temps néceſſaire; s'il eût exécuté ce travail avec plus de maturité & de réfléxion. Il avoit à parcourir & à extraire les Ouvrages & les Traités particuliers d'une foule de Juriſconſultes, qui formoient deux mille volumes: il s'agiſſoit de comparer les Textes, de les rapprocher dans un ordre convenable; d'en retrancher un grand nombre en s'attachant à ce qui étoit eſſentiel; de choiſir ſur chaque matiere ce qu'il y avoit de plus important; d'en ôter les contrariétés, ſans cependant négliger de nous inſtruire des diverſes opinions des grands Juriſconſultes, ſur les queſtions controverſées entr'eux; de conſerver la connoiſſance de l'ancien Droit, & d'établir les changemens qui y étoient arrivés.

On n'employa que trois ans à ce travail: auſſi avec quelle négligence & quel déſordre n'a-t-il pas été exécuté?

L'ancien Droit s'y trouve défiguré, non-ſeulement par le défaut d'exactitude, mais ſouvent auſſi à deſſein: pluſieurs Textes ont été altérés par des additions inſérées, pour les rapprocher du nouveau Droit. On nous a privé de la connoiſſance des mœurs & des Loix anciennes qui étoit encore répandue du temps de Juſtinien; & les traces qu'on nous en a laiſſées, ſont devenues pour nous très-obſcures; de ſorte qu'aujourd'hui ce n'eſt qu'à force de travail, de recherches & de conjectures, qu'on parvient à démêler des points qu'il étoit alors ſi facile de ne pas confondre. On n'y trouve que quelques fragmens épars de la Loi des Douze-Tables, dont les Textes auroient dus être diſtribués ſur chaque matiere à laquelle ils avoient rapport. On a laiſſé des antinomies inconciliables dans un ouvrage auquel on donnoit force de Loi, ſoit en mêlant le nouveau Droit à l'ancien, ſoit en inſérant les avis contraires des Juriſconſultes qui étoient de différentes ſectes, ſans avertir de la cauſe de ces contrariétés, & ſans ſe décider ſur un avis.

Les Sçavans, depuis le renouvellement des études, & l'invention de l'Imprimerie, ont travaillé avec une ardeur incroyable, à réparer, autant qu'il a été poſſible, les défauts cauſés par l'inexactitude, l'incapacité & l'infidélité des rédacteurs des Pandectes. Les Lettres & les Sciences ſe prêtent un ſecours mutuel. La connoiſſance du Droit Romain a pris une nouvelle face par l'étude de la Langue latine, par celle de l'Hiſtoire & des monumens; par l'établiſſement des regles de

la ſaine critique ; par la recherche des antiquités : & les gens de Lettres, de leur côté, ont trouvé dans les Pandectes, la ſolution de beaucoup de faits & d'uſages obſcurs.

Les Juriſconſultes ont profité de ces lumieres pour diſſiper les ténébres répandues dans la compilation de Tribonien. Ils ont pénétré par la diſcuſſion, le ſens des Textes difficiles; ils ont démêlé l'ancien Droit; ils ont rétabli la pureté des Textes; concilié beaucoup d'antinomies, & donné des raiſons de celles qui ne peuvent ſe concilier: de maniere que nous n'avons plus rien à déſirer quant à la diſcuſſion & à l'intelligence des Textes. La différence qui ſe trouve entre la gloſe d'Accurſe & les Commentaires d'Alciat, procede du temps où ils ont travaillé. Accurſe floriſſoit au commencement du treizieme ſiecle ; & Alciat écrivoit ſous François I.

C'eſt ainſi que les ſciences ſe perfectionnent par des travaux accumulés, dont il réſulte peu-à-peu un fonds de richeſſes & de connoiſſances, qui, ſans rien perdre, s'accroît ſucceſſivement. Chaque Sçavant y ajoute le fruit de ſes études; il prépare & facilite les ſuccès poſtérieurs; il abrége le travail; il applanit les difficultés pour ceux qui ſuivront après lui la même carriere. Ils pourront aller d'autant plus loin, qu'ils trouveront le chemin déja frayé; & que partans d'un point plus rapproché, ils employeront moins de temps à parcourir un eſpace plus étendu. Que de travaux & de temps n'eût pas épargné l'ouvrage de M. Pothier, à tous ceux qui ſe ſont livrés à l'étude du Droit, s'il eût été exécuté quelques ſiecles plutôt.

En effet, malgré les ſoins, les travaux & les recherches de tant de Juriſconſultes depuis ſix cens ans, il reſtoit encore dans les Pandectes un défaut bien ſenſible, bien préjudiciable au progrès des études & à l'intelligence facile des loix: c'eſt le déſordre dans lequel les Textes ſe trouvent placés, non-ſeulement dans chaque Titre, mais diſperſés ſouvent dans des Titres auxquels ils n'ont point de rapport.

L'Ouvrage de M. Pothier a pour objet principal de réparer ce déſordre. Il eſt intitulé *Pandectæ Juſtinianeæ in novum ordinem Digeſtæ*, & forme trois volumes *in-folio*.

M. Pothier a conſervé l'arrangement des Titres qui eſt l'ordre de l'Edit perpétuel ſur lequel les Juriſconſultes avoient travaillé: & ſous ces Titres il a rangé tous les Textes dans un ordre méthodique, non-ſeulement en changeant la place qu'ils y occupoient, mais en tirant des autres Titres ceux qui y étoient mal placés, & en les reportant dans ceux où ils avoient le plus de rapport.

A la tête de chaque Titre on trouve une Introduction qui contient

l'exposé de la matiere qui y est traitée, & les Textes qui renferment les définitions & les premiers principes. Des divisions claires & remplies dans le cours du Titre, facilitent l'intelligence, & soulagent la mémoire. Les Loix sont liées entr'elles par de courtes transitions qui en découvrent le rapport, & en montrent l'enchaînement. Tout ce que l'Auteur a ajouté, est distingué par des caracteres italiques; de maniere que le Texte se présente dans toute sa pureté.

L'Auteur s'est attaché à démêler l'ancien Droit, à l'éclaircir, & à indiquer les changemens qui y sont survenus. Il a tiré ses recherches, soit des autres endroits du Digeste qui en fournissent des vestiges, soit des Instituts & des Constitutions de Justinien qui le rappellent pour l'abroger; soit de la Paraphrase de Théophile, des divers fragmens qui nous sont restés de la Loi des Douze-Tables & des Ouvrages des anciens Jurisconsultes, soit des traces qu'on en découvre dans l'Histoire & les autres monumens de l'antiquité.

Parmi les Loix du Code, les unes sont conformes au Droit des Pandectes, les autres le changent & l'abrogent, & n'en sont pas moins nécessaires à connoître pour l'intelligence des Textes que Tribonien a altérés, pour les rapprocher du nouveau Droit. Les Loix du Code, qui confirment l'ancien Droit, sont rapportées en entier, & ce sont celles des Empereurs qui ont vécu avant Constantin. Les Loix postérieures qui sont faciles à reconnoître par leur style diffus & la barbarie dont elles se ressentent, ne sont citées que par extrait.

Enfin l'Auteur a mis des notes courtes, mais suffisantes sur les endroits difficiles, soit à raison des antinomies, soit à raison du Texte qui a été altéré; & il a puisé le plus souvent ces notes dans Cujas, le plus grand Jurisconsulte qui ait paru depuis le renouvellement des Etudes.

Il a sans doute parcouru & consulté bien des livres pour parvenir à la confection de ce grand Ouvrage. Sa Bibliotheque étoit considérable, & il avoit à sa disposition la Bibliotheque publique, fondée par M. Prousteau, Docteur de l'Université, dont le fonds est en Livres de Droit. Mais les trois Livres qu'il a étudiés à fond & continuellement, ont été les Pandectes mêmes & le Code qu'il lui a fallu parcourir mille & mille fois, & se rendre familier au point d'avoir, en quelque sorte, tous les Textes présens à la fois, les Ouvrages de Cujas & ceux de Dumoulin. Il a été facile de le voir par l'état de délabrement où ces trois Livres se sont trouvés dans sa bibliotheque.

Le Digeste est terminé par les deux Titres *de Verborum significatione* & *de Regulis Juris*. M. Pothier en a fait deux Titres très-importans &

rtès-étendus. Ils contiennent 275 pages *in-folio* (4) Il a renfermé dans celui *de Regulis Juris* un abrégé de tout le Droit, en y réuniſſant dans un bel ordre, & en y raſſemblant de tous les livres du Digeſte ces principes ſi féconds en conſéquences, & que les Juriſconſultes Romains ſçavoient exprimer avec tant de préciſion.

Il paroît que c'eſt M. le Chancelier qui avoit conçu l'idée de ce travail, & qui l'avoit recommandé dès le commencement de l'entrepriſe (5): que M. Pothier, après avoir achevé ces deux Titres, ſe propoſoit d'en faire un Ouvrage à part; mais qu'il s'eſt rendu aux deſirs de M. le Chancelier, qui lui a fait ſentir les avantages qu'il y avoit à terminer l'Ouvrage par ce recueil précieux qui en préſente un extrait fidele, formé par les Textes mêmes (6).

---

(4) Voici ce que M. Pothier dit de ce travail dans la Préface de ces deux Titres.

Verùm cùm circa utrumque titulum Tribonianus multa neglexerit aut omiſerit vel per incuriam vel cauſâ brevitatis, nos, ut ſtudioſo lectori melius conſulatur, ex utroque titulo duplicem quaſi totius juris appendicem (ſuppletis aliunde notionibus reguliſque quam plurimis) conficere tentabimus: cujus lectione velut facili & ſimplici viâ, nihil in jure noſtro ignotum eſſe poſſit; ſive quoad verba, ea ſaltem quæ frequentius occurrunt; ſive quoad res ipſas, quæcumque brevi aliquâ ſententiâ poſſunt comprehendi.

(5) Dès le commencement de l'entrepriſe, M. le Chancelier engagea M. Pothier à préparer les matériaux de ces deux titres. Voici ce que contiennent à ce ſujet les réflexions par écrit qu'il lui remit en 1736.

» En travaillant ſur chaque titre particulier, il faudroit en extraire, comme par récapi-
» tulation, 1°. les Loix qui définiſſent les termes de Droit: 2°. les regles générales qui ſe
» trouvent dans les loix du titre. Ce travail, juſqu'à préſent, n'a été bien exécuté par per-
» ſonne. Quand on auroit eu une attention perſévérante à le faire ſur tous les titres, on
» réuniroit tout ce qui ſe trouveroit dans chacun ſur les deux points que je viens de marquer
» pour en former deux titres généraux, l'un *De verborum ſignificatione*, l'autre *De regulis Juris*,
» qui ſeroient meilleurs que ce que l'on trouve ſous ces deux rubriques dans le Digeſte; & il
» ne s'agiroit plus que de donner à l'un & à l'autre un ordre plus naturel & plus parfait que
» celui qu'on a ſuivi dans l'arrangement de ces deux titres dans le Corps de Droit. »

(6) Ceci eſt établi par une lettre de M. le Chancelier du 20 Avril 1745.

» Je n'ai pu trouver encore le loiſir de répondre, comme je le voulois, à la lettre que vous
» m'avez écrite le 13 Janvier dernier ſur le grand Ouvrage dont vous êtes occupé, & je
» profite d'un temps où je ſuis un peu plus libre, pour vous dire d'abord que j'approuve
» fort en général le plan que vous vous êtes formé pour recueillir & arranger les regles que
» les titres *De regulis Juris* & *De verborum ſignificatione* doivent renfermer; mais je ne ſçau-
» rois être de votre ſentiment ſur le deſſein dans lequel vous me paroiſſez être d'en faire un
» Ouvrage ſéparé, qui ne ſera imprimé qu'après que votre Digeſte, mis en ordre, aura été
» donné au public, & je trouve deux inconvéniens dans ce deſſein. »

» Le premier eſt que les deux titres dont il s'agit, & qui ſelon votre lettre ſeront compris
» dans votre grand Ouvrage, ne s'y trouveront que d'une maniere très ſuperficielle & très
» imparfaite, puiſque ſi j'ai bien conçu votre penſée, ils ne contiendront que les regles que
» vous n'aurez pu placer ſous aucuns de tous les titres précédens; ce ne ſera donc qu'une
» eſpece de *reſidu*, qui ne répondra nullement à la promeſſe que ces titres font aux Lecteurs,
» et à ce qu'ils leur annoncent. »

» Le ſecond inconvénient eſt qu'il faudra par-là que ceux qui s'attachent à l'étude de la Ju-
» riſprudence Romaine aient deux livres au-lieu d'un, & qu'ils ſoient ſouvent obligés de
» chercher dans deux Ouvrages ce qu'ils devroient trouver dans un ſeul. »

» Ainſi, ſoit parce qu'on doit tendre toujours à l'intégrité d'un deſſein également rempli dans

M. Pothier a été plus de douze ans à compoſer ce grand Ouvrage ; & plus de vingt-cinq, ſi, comme il eſt juſte de le faire, on impute ſur ce travail celui par lequel il s'étoit rendu capable de l'entreprendre. Il a été aidé dans l'exécution, par M. de Guienne, Avocat en Parlement, ſon ami intime, &, j'oſe dire, le mien. La Préface, qui eſt très-bien écrite, eſt de M. de Guienne. M. Pothier lui en fourniſſoit les matériaux : mais quoiqu'avec beaucoup de littérature, il n'aimoit pas un genre de compoſition châtiée & ornée. Il n'y auroit point eu de Préface, ou une très-courte, ſi M. de Guienne ne s'en fût chargé. Il a eu auſſi beaucoup de part au Commentaire ſur la Loi des Douze-Tables, qui eſt à la tête du ſecond Volume.

Quant au corps de l'Ouvrage, quoiqu'il ne ſe fût chargé que de corriger les épreuves, ſon travail a été beaucoup plus loin & plus utile. C'étoit un homme exact, difficile à contenter, bon critique, & tel qu'il le falloit pour aſſocier à M. Pothier, qui ne s'occupant que du fond des choſes, auroit négligé bien des ſoins de détail, qui contribuent cependant beaucoup à la perfection d'un Ouvrage. Il n'avoit pas l'étendue de connoiſſances, ni la grande facilité de M. Pothier ; &

» toutes ſes parties, ſoit parce qu'il eſt juſte d'avoir égard à la facilité & à la commodité de » ceux qui s'en ſervent, je crois que ſans renvoyer à un autre temps les deux titres plus » étendus que vous vous propoſez de donner ſur les regles du Droit & ſur la ſignification des » mots, il eſt fort-à-propos que vous les faſſiez entrer dès-à-préſent dans l'Ouvrage qui eſt » ſous la preſſe. Comme vous en avez ſans doute tous les matériaux déja raſſemblés, vous » n'aurez pas beſoin de beaucoup de temps pour les mettre dans l'ordre que vous m'avez » marqué, & qui eſt fort bon. Quand même cela devroit retarder un peu l'impreſſion de » votre Livre, le public en ſeroit bien dédommagé par l'avantage d'avoir un Ouvrage par- » fait, où il trouveroit tout ce qu'il peut deſirer, ſans être obligé d'en attendre une eſpece » de ſupplément ; & vous y gagnerez même du côté de la réputation du livre, à laquelle les » deux titres, dont il eſt queſtion, peuvent beaucoup contribuer ; parce qu'ils ſeront peut-être » le premier objet de l'attention des connoiſſeurs, qui voudront juger promptement par-là » du mérite & de l'utilité de votre méthode. »

» Je ne doute pas, au ſurplus, qu'en travaillant ſur ces deux titres, vous n'ayez fait & que » vous ne faſſiez encore un grand uſage du ſçavant Ouvrage que Jacques Godefroi a fait ſur » le titre *De regulis Juris*, & de celui de Petrus Faber, Préſident des Enquêtes du Parlement » de Toulouſe, qui étoit auſſi un des plus habiles Juriſconſultes que la France ait produits. Je » ne vous parle point de pluſieurs autres Auteurs qui vous ſont ſans doute bien connus, & » ſur-tout de M. Domat, dont on peut tirer de grands ſecours ſur ce qui regarde les regles » générales du Droit. »

» Vous ne m'avez pas parlé dans votre lettre, du plan que vous vous êtes formé ſur le titre » *De verborum ſignificatione*, mais je préſume que quand vous vous propoſez de faire imprimer » ce titre ſéparément & d'une maniere plus étendue, votre intention n'eſt pas de le faire » dégénérer en Dictionnaire ou en *Lexicon Juris*, ſemblable à celui de Briſſon ou de Cal- » vin ; & que ſuivant l'eſprit général de ce titre, vous le renfermez dans les explications de » mots qui ont été donnés par les Loix mêmes, & qui contiennent ou qui indiquent un » principe ou une regle de Droit, ou la maniere d'en interpréter les textes.

» Ce ſont à-peu-près les réflexions que j'ai faites en liſant votre derniere lettre ; & vous » devez les regarder comme une nouvelle preuve du cas que je fais de votre travail, & » de l'eſtime avec laquelle je ſuis, &c.

il n'en étoit par cela même que plus propre à ce travail de réviſion. Il jugeoit des autres par lui-même. Trouvoit-il un Texte qui avoit beſoin d'être éclairci, ou qui pouvoit trouver ailleurs une place plus convenable, ou une tranſition négligée, il faiſoit ſes remarques & ſes objections à M. Pothier, & tiroit de lui un changement de place, une explication ou une note (7).

Un autre ami intime de M. Pothier, a été M. Rouſſeau, Avocat & Profeſſeur de Droit François à Paris. Leur liaiſon étoit très-ancienne: elle s'étoit formée à Paris, où M. Pothier avoit fait pluſieurs ſéjours avant 1730, & depuis. Il y étoit entré dans des conférences, où il s'étoit lié avec pluſieurs Avocats célebres qui ont conſervé des relations avec lui, & avoient pour lui toute l'eſtime qu'il méritoit. Mais ſa correſpondance avec M. Rouſſeau étoit continuelle, & rouloit toujours ſur leurs Etudes communes. Ils ſe voyoient tous les ans aux vacances.

M. Rouſſeau avoit beaucoup d'acquis, un excellent jugement, une facilité ſi grande dans l'élocution, qu'il étoit difficile de le ſuivre lorſqu'il traitoit une queſtion, & une ſi prodigieuſe mémoire, qu'il retenoit non-ſeulement le fonds des choſes, mais citoit ſur le champ les autorités dont il appuyoit ſon avis. C'étoit de lui que M. Pothier apprenoit ce qu'on appelle la *Juriſprudence actuelle*, qu'il n'approuvoit pas toujours, mais qu'il falloit faire connoître; eſpece de Légiſlation verſatile, malheureuſement trop fréquente, & qui n'a gueres lieu que par l'imperfection de nos Loix.

M. Pothier faiſoit le plus grand cas de l'opinion de M. Rouſſeau: ils ſe rapprochoient le plus ſouvent, mais pas toujours. En pluſieurs endroits de ſes Traités, M. Pothier rapporte l'avis de M. Rouſſeau, ſoit pour le combattre, ſoit pour appuyer le ſien, ſoit pour laiſſer le choix au Lecteur dans certaines queſtions, où ſans ſe déclarer lui-même, il préſente les moyens d'un avis, & enſuite celui de M. Rouſſeau.

Les Pandectes étoient un ouvrage conſidérable, très-coûteux à imprimer, écrit en latin, & ſur une matiere dont l'étude eſt très-négligée parmi nous. On eut de la peine à trouver des Libraires qui vouluſſent s'en charger: ils craignoient que le débit n'en fût impoſſible, ou très-long. Il s'eſt cependant fait aſſez promptement; parce que les Etrangers en ont enlevé la plus grande partie.

---

(7) J'ai eu l'avantage de demeurer près de deux ans avec M. de Guienne dans ce temps-là même; & j'ai vu combien il mettoit de ſoin & d'exactitude dans ce travail, qui lui a coûté dix années de ſon meilleur temps, & lui a fait perdre abſolument le travail du Palais. Il étoit garçon, auſſi plein de religion que M. Pothier; bien moins riche & auſſi détaché des biens de cette vie. Il diſoit que cette entrepriſe étoit la tâche que la Providence lui avoit impoſée; & quelqu'onéreuſe qu'elle ait été pour lui, il s'en eſt acquitté avec un zele & un ſoin admirables.

L'Ouvrage n'a eſſuyé d'autre critique que celle du Journaliſte de Léipſick, qui, ſoit par jalouſie de ce que la gloire d'une ſi grande entrepriſe étoit enlevée à ſa patrie, ſoit par d'autres motifs, l'attaqua avec aigreur. Il en parla comme d'un Ouvrage qui n'avoit rien de neuf & d'intéreſſant; comme d'un travail ſans mérite, entrepris pour ſe faire un nom à peu de frais, & dans lequel on ne trouvoit pas ce fonds d'érudition dont autrefois tous les Juriſconſultes, & encore aujourd'hui les Allemands, ornent ou ſurchargent leurs Ouvrages.

On connoiſſoit aſſez M. Pothier, pour être perſuadé qu'il ne prendroit pas la peine d'y répondre. Un de ſes Confreres s'en chargea; & on ne lui montra la Critique qu'avec la réponſe imprimée, ſous la forme d'une Lettre, adreſſée aux Auteurs du Journal des Sçavans. On fait voir dans cette Lettre, que le Journaliſte Allemand n'avoit ſenti, ni le mérite ni l'objet de l'Ouvrage : que l'Auteur ne s'étoit pas propoſé de faire un Commentaire, ni de ſe jetter dans des diſcuſſions d'érudition; mais au contraire de diſpenſer de l'étude des Commentaires, plus pénible que celle des Loix; de préſenter un Commentaire des Textes par les Textes mêmes, & de les éclaircir par la maniere de les lier enſemble & de les placer.

On imprimoit le premier volume des Pandectes, lorſque M. Pothier tomba dangéreuſement malade au retour d'un voyage qu'il avoit fait en Sologne, chez un de ſes Confreres. Il revint à cheval avec la fievre. Jamais il n'avoit été malade: quoique d'un tempérament foible, il ſoutenoit ſa ſanté par la régularité de ſon régime. La fievre étoit pour lui un état nouveau & inconnu; il voulut lui réſiſter quelques jours ſans la connoître: enfin, au lieu d'appeller un Médecin, il alla le conſulter & lui demander la cauſe de cette maladie qu'il éprouvoit. Le Médecin l'eut bientôt trouvée, le fit retourner chez lui, & coucher. La fievre devint très-ſérieuſe, & l'on craignit pour ſa vie.

Heureuſement la maladie céda: mais le rétabliſſement ne fut pas entier: il demeura perclus des jambes, & prit aiſément ſon parti ſur cette privation, qui dura aſſez long temps pour lui faire craindre qu'elle ne durât toujours. Il s'eſtimoit trop heureux que Dieu lui eût conſervé la liberté de l'application & du travail. Il donna à l'étude d'autant plus de temps, que la vie ſédentaire lui en laiſſoit plus de libre, & n'eſpéroit plus recouvrer l'uſage des jambes, après avoir tenté inutilement pluſieurs remedes, lorſqu'enfin on ſe douta que la faculté de marcher, pouvoit être empêchée, moins par un obſtacle réel & invincible, que par le défaut trop long d'exercice. On lui conſeilla d'eſſayer à marcher, par le moyen de deux poulies, qui, roulant dans des couliſſes,

attachées au plancher de ſa chambre, le tenoient ſuſpendu ſous les bras, & lui permettoient de remuer les jambes ſans leur laiſſer porter tout le poids du corps. Il ſe ſoumit à cet eſſai, qui lui dénoua les jambes: peu-à-peu il en recouvra l'uſage; il ne lui reſta que de la roideur. Il avoit été très-grand marcheur avant ſa maladie; il le fut aſſez depuis pour le beſoin; car plus il avança en âge, plus ſes occupations ſe multiplierent au point de lui interdire preſque toute diſſipation. Lorſqu'on l'exhortoit à en prendre, il diſoit que le chemin de chez lui au Châtelet, étoit un exercice ſuffiſant.

L'étude du Droit avoit déja commencé à ſe ranimer dans l'Univerſité d'Orléans. M. Prevôt de la Janès, Conſeiller au Préſidial, & Profeſſeur de Droit François, avoit ſenti qu'en vain un homme deſtiné à enſeigner, acquiert des connoiſſances; qu'il n'eſt utile qu'à lui-même dans une place inſtituée pour l'utilité des autres, s'il ne réuſſit à leur faire goûter ce qu'il enſeigne, & à inſpirer l'amour de l'étude. C'étoit un homme de beaucoup de mérite & d'acquis, du commerce le plus agréable, & d'un eſprit très-orné (8). Il aimoit les jeunes gens, il avoit l'art de ſe les attacher & de les intéreſſer à leurs ſuccès. Ce talent eſt d'autant plus néceſſaire à un Profeſſeur de Droit, qu'il n'a pas cette eſpece d'autorité qui force au travail, mais ſeulement une autorité de raiſon & de perſuaſion. Il a pour Diſciples, des gens placés dans cet intervalle critique qui ſépare la premiere jeuneſſe de l'âge raiſonnable; des gens qui ſouvent ſont d'autant plus amoureux de l'indépendance, qu'ils ont plus aſpiré au terme qui devoit les en mettre en poſſeſſion, & qui, s'ils ont conſervé l'amour de l'Etude, doivent aſſez naturellement préférer les douceurs de la Littérature à l'auſtérité & à la ſéchereſſe de la Juriſprudence.

M. de la Janès mourut au mois d'Octobre 1749. M. le Chancelier fut vivement ſollicité pour nommer à cette Place. Il connoiſſoit parfaitement le mérite de M. Pothier, & deſiroit de la lui donner. M. Pothier, de ſon côté, la deſiroit auſſi par amour pour les jeunes gens & par le plaiſir qu'il trouvoit à enſeigner. Mais il n'étoit pas dans ſon caractere de ſolliciter; & ſa timidité étoit un obſtacle qu'il falloit lui aider à vaincre. Je n'oſerois aſſurer ſi M. Gilbert-de-Voiſins leva cet obſtacle, en lui propoſant la Chaire de la part de M. le Chancelier: ou ſi M. Pothier eut le courage de ſurmonter ſa timidité au point de

(8) Nous avons de M. Prévoſt de la Janès un Ouvrage intitulé, *Principes de la Juriſprudence Françoiſe, ſuivant l'ordre des actions*; il n'a été imprimé qu'après ſa mort. On y remarque la méthode & la préciſion qui formoient le caractere de ſon eſprit. Il écrivoit avec beaucoup de pureté & d'élégance.

témoigner à M. Gilbert que cette place le flatteroit. Quoi qu'il en ſoit, il fut nommé ſans que perſonne s'en doutât. La ſatisfaction qu'il éprouva, ne put être troublée que par la peine qu'il reſſentit de s'être trouvé en concurrence avec M. Guyot, Docteur aggrégé, & de le voir privé d'une place qu'il ne pouvoit manquer d'obtenir, s'il n'eût pas eu un compétiteur auſſi redoutable. Il n'avoit deſiré de cette place que le plaiſir d'enſeigner : il eſpéra pouvoir réparer l'eſpece de tort qu'il faiſoit à M. Guyot, en l'engageant à accepter le partage des émolumens. Il ſe paſſa entr'eux à cette occaſion un combat de généroſité auſſi honorable pour l'un que pour l'autre. M. Pothier inſiſta, & ſollicita ce partage comme une grace. M. Guyot perſiſta à refuſer ; & peu d'années après, il a obtenu une Chaire par le Concours.

On ſe plaint de la décadence des Etudes de Droit. La cauſe de cet abandon eſt d'autant plus grave & plus difficile à réformer, qu'elle tient à l'état général des mœurs dans la nation, à la frivolité du ſiecle, à la diſſipation des jeunes gens qu'on fait entrer dans le monde beaucoup trop-tôt. Les Maîtres les plus capables & les mieux intentionnés ne peuvent que lutter contre cette cauſe générale, & lui oppoſer de l'aſſiduité, de l'application & du courage. Leurs ſuccès, quelque choſe qu'ils puiſſent faire, ſe borneront toujours à un petit nombre de jeunes gens qui profiteront de leurs ſoins.

M. Pothier ſuccédoit à un Profeſſeur qui avoit commencé à inſpirer de l'émulation ; & il a trouvé dans ceux qui compoſent aujourd'hui l'Univerſité, des Confreres remplis des mêmes vues & du même zele pour l'inſtruction des jeunes gens.

Les hommes les plus célebres ne ſont pas toujours les meilleurs Maitres ; & même la profondeur des connoiſſances ſemble leur rendre cette fonction plus pénible, & s'oppoſer au ſuccès de l'enſeignement. Le travail de la compoſition n'a rien que d'agréable pour un homme qui a fait une étude ſuivie d'une ſcience ; qui en a ſaiſi l'enſemble, & en poſſede toutes les parties. Les idées dont il eſt rempli, ſe préſentent en foule & s'empreſſent de s'arranger ſous ſa plume : s'il a de la méthode dans l'eſprit, elles ſe placent d'elles-mêmes & ſans effort, dans l'ordre le plus naturel. Les difficultés qu'il rencontre, loin de le rebuter, deviennent pour lui un nouvel attrait. La néceſſité de prendre parti dans les queſtions importantes, le force de chercher les objections, & de s'aſſurer par la diſcuſſion de la vérité du ſentiment qu'il embraſſe.

Mais le talent d'enſeigner, eſt tout différent, & il eſt rare de le joindre à l'étendue du ſçavoir. Se rabaiſſer aux premiers élémens, pour

ſe faire entendre; varier l'inſtruction & la maniere de la préſenter; s'occuper en entier des autres, & jamais de ſoi-même; ſe mettre à la portée de tous les eſprits, de maniere que les moins pénétrans ne puiſſent ſe plaindre qu'on les néglige; paroître ſoi-même ne ſçavoir que ce qu'il s'agit d'enſeigner dans le moment; revenir ſur les mêmes points pour les inculquer; deſcendre des premiers principes aux conſéquences par une gradation facile; ne dire à la fois que ce qu'il faut, pour ne pas ſurcharger les Auditeurs, & le dire avec méthode & clarté; s'aſſurer qu'ils vous ſuivent, avant d'aller plus loin, & les prendre par la main pour les aider à avancer. Tel eſt le talent d'un Maître: tel étoit ſupérieurement celui de M. Pothier. Il faiſoit plus, il ſçavoit tellement cacher la ſupériorité du Maître, que les Etudians croyoient converſer avec un ami. Ses leçons étoient des conférences dans leſquelles il ſoutenoit l'attention par des interrogations qui mettoient les jeunes gens à portée de faire valoir leurs études particuliéres. La queſtion s'adreſſoit à un ſeul, & tous s'empreſſoient d'en chercher la réponſe. Tous étoient en haleine, parce que la queſtion ſuivante pouvoit s'adreſſer à eux. La réponſe étoit-elle difficile, la tournure même de la queſtion ſervoit à y conduire, & l'indiquoit aux eſprits attentifs, en leur laiſſant tout le plaiſir de la recherche & l'honneur de la ſolution. L'objection la moins ſolide, celle même qui annonçoit, ou le peu d'avancement, ou l'oubli du principe, étoit écoutée & répondue avec bonté.

Quiconque connoît les effets de l'émulation, ſçait de quoi les hommes ſont capables lorſqu'ils ſont animés par ce puiſſant aiguillon, & peut apprécier la valeur des Etudes que faiſoient ſous un tel Maître les jeunes gens qui avoient de la bonne volonté; & la maniere intéreſſante dont il enſeignoit, étoit bien propre à en augmenter le nombre. Je l'ai dit plus haut, M. Pothier n'avoit déſiré de ſa place, que la ſatisfaction d'enſeigner; il ne s'en réſerva que cet avantage, & en partagea les émolumens entre les pauvres & ſes diſciples. A l'examen public de Droit François qui termine le cours des Etudes, il ſubſtitua une diſpute publique ſur les matieres qu'il avoit enſeignées pendant l'année. Les jeunes gens qui vouloient y entrer, s'y diſpoſoient de longue main par des études ſérieuſes: nul n'auroit oſé ſe préſenter dans la Lice, ſans la confiance, ſinon de vaincre, du moins de ſe faire honneur. Le Public qui s'intéreſſe au ſuccès des jeunes gens, aimoit à être ſpectateur de ce combat dont l'Univerſité étoit juge. Le prix du vainqueur étoit une Médaille d'or, adjugée en public; les autres Contendans n'étoient pas ſans récompenſe, ils recevoient des Médailles d'argent.

On peut croire que les Athletes ne ſe ménageoient pas: la diſpute duroit une ſéance pour chaque contendant, qui avoit tous les autres pour adverſaires, & les attaquoit à ſon tour. La maniere de propoſer les queſtions, & celle d'y répondre, entroient également dans la balance du jugement. Chacun prévoyant que les Traités enſeignés dans l'année, étoient auſſi familiers à ſes adverſaires qu'à lui, croyoit devoir chercher ailleurs, & alloit puiſer des argumens, ſoit dans le Corps de Droit, ſoit dans les Auteurs qui avoient rapport à la matiere: & le combat étoit ſi ſérieux, que les juges étoient quelquefois obligés d'en réprimer l'ardeur, & d'intervenir, ſoit pour rappeller aux matieres propoſées dont on s'écartoit, ſoit en préſentant d'une maniere plus claire la queſtion que l'argumentateur avoit cherché à rendre embarraſſante pour ſurprendre ſon adverſaire.

M. Pothier ne ſe contenta pas d'encourager ſes Diſciples par des prix. Rien de perſonnel n'entra jamais dans ſes vues. Les Etudians des deux premieres années devoient devenir les ſiens; ils eurent également part à ſes faveurs : & ſouvent dès la premiere année, l'amour de l'étude & le plaiſir de l'entendre, les conduiſoient à ſes Leçons. L'examen ſur les Inſtituts & la Theſe de Bachelier, devinrent des concours toutes les fois qu'il ſe préſenta des contendans: & le zele de M. Pothier fut toujours parfaitement ſecondé par celui des autres Profeſſeurs.

Combien, depuis vingt-cinq ans, n'eſt-il pas ſorti de cette Ecole, d'excellens ſujets qui ont porté dans la Magiſtrature & dans le Barreau, la connoiſſance des Loix & l'amour du travail?

M. Pothier, après avoir achevé ſon grand Ouvrage des Pandectes, s'ouvrit une carriere immenſe, qui ne devoit être terminée qu'avec ſa vie. Il avoit traité autrefois, pour ſon uſage particulier, toutes les matieres de Droit François. La néceſſité d'enſeigner, l'engagea à les travailler de nouveau: & ces Traités ſont manuſcrits, entre les mains de beaucoup de perſonnes. Il les eût encore retouchés, ſi le temps lui eût permis de les publier.

En 1740, M. Pothier avoit donné, conjointement avec M. Prevôt de la Janès & M. Jouſſe, une édition de la Coutume d'Orléans, en deux volumes, avec des notes. Cette édition étoit épuiſée, & le Libraire ſongeoit à en donner une autre; il s'adreſſa à M. Pothier, pour le prier d'y retoucher. M. Pothier s'en chargea avec plaiſir. Mais au lieu d'un ſimple travail de réviſion, il en exécuta un tout différent & bien autrement important & utile. A la tête de chaque Titre de la

Coutume, il place un Traité abrégé de la matiere : eſpece de Commentaire infiniment plus utile que des notes, qui n'étant relatives qu'à un article, ne laiſſent point de liaiſon dans l'eſprit, & ne fourniſſent que des connoiſſances auſſi découſues que le Texte même qu'elles interpretent. Il a joint des notes ſur les articles qui ont beſoin d'éclairciſſement, & renvoie continuellement de ces notes à l'introduction du Titre ; & de ces introductions, aux articles & aux notes : ce qui lie enſemble tout l'Ouvrage. Forcé de ſe reſtreindre par le peu d'étendue, il a ſerré ſon ſtyle ; de ſorte qu'on a dans cet Ouvrage un excellent abrégé de ſes Traités. On y trouve tout ce qui eſt eſſentiel à ſçavoir, expoſé avec netteté & préciſion ; & on peut dire que quiconque poſſéderoit bien ces deux volumes, auroit une connoiſſance aſſez étendue du Droit Coutumier (9).

Cet Ouvrage, auſſi important pour la Coutume de Paris que pour la nôtre, par le grand rapport qu'elles ont enſemble, forme ſur le Droit Coutumier un Corps complet de doctrine, d'autant plus précieux qu'il ſort de la main d'un Juriſconſulte. Car il ne faut pas croire que le Droit Coutumier n'a aucun trait au Droit Romain, & qu'il ſuffit de connoître les Coutumes, pour bien traiter les matieres qu'elles embraſſent.

Dans notre Légiſlation, preſque toute poſitive & arbitraire, la raiſon n'entre pour rien quant à l'établiſſement des principes. Ils pourroient être contradictoires, & ils le ſont en effet d'un canton à l'autre, & ſont tout auſſi vrais. Car le vrai arbitraire n'eſt qu'une vérité & un point de fait ; il ne peut être une vérité ſubſiſtante par elle-même. Il ſe trouve ſans doute beaucoup de ces vérités de fait ou de ces principes factices, mêlés dans toutes les Légiſlations ; y ayant beaucoup de détails qui ne peuvent être déterminés que par des Loix poſitives. Malheureuſement ils abondent tellement dans la nôtre, qu'on n'y trouve preſqu'autre choſe ; & ces Loix poſitives qui ceſſeroient d'être arbitraires, ſi elles avoient une raiſon puiſée dans une néceſſité ou utilité réelle, ne ſont preſque toujours que purement arbitraires. Mais le Juriſconſulte, comme le Magiſtrat, ne change pas les Loix : il les enſeigne ou les explique comme il les trouve établies : & le Juriſconſulte raiſonne juſte d'après ces principes arbitraires, lorſqu'il en tire des conſéquences vraies ; lorſqu'il démêle avec juſteſſe les intérêts contraires qui s'élevent ſur leur interprétation ; lorſqu'il y applique avec fineſſe

(9) On vient de réimprimer cet Ouvrage *in*-4°. avec des augmentations.

& ſagacité les regles ſupérieures de la vraie juſtice diſtributive. Il eſt plus ſatisfait ſans doute lorſqu'il s'exérce ſur ces regles mêmes & ſur les purs principes du Droit, dont l'application particulariſée ſur la multiplicité des actions & des rapports que les hommes ont entr'eux, a déja une ſi grande étendue. Mais puiſqu'il a plû aux hommes d'ajouter à ces Loix néceſſaires, ſi ſimples en même-temps & ſi fécondes, tant & tant de Loix arbitraires, il devient indiſpenſable de partir de ces Loix données pour régler les intérêts divers & les actions qui en naiſſent. Mais quelle différence, lorſque ces matieres, quoiqu'étrangeres par leurs principes au véritable Droit, ſont traitées par un homme, qui, n'ayant étudié qu'elles, rampe & ſe traîne ſervilement dans le cercle étroit de cette Légiſlation d'inſtitution humaine, ou par un Juriſconſulte qui ſçait s'élever au-deſſus de cette Légiſlation; qui la reſpecte parce qu'elle exiſte, mais qui ſe ſert de l'eſprit de déciſion & des vues que lui fournit la ſcience du Droit pour démêler, diſcuter & interpréter ces Loix poſitives.

Tel a été ſupérieurement le talent de Dumoulin, qui a ſi bien ſçu appliquer à l'intelligence du Droit Coutumier les notions & les lumiéres qu'il tiroit des Loix Romaines; tel a été celui de Loyſeau, de notre Commentateur Lalande, & d'un très-petit nombre d'autres qu'on diſtingue dans la foule de tant d'Auteurs & de Commentateurs dont nous ſommes ſurchargés.

Tel a été celui de M. Pothier; & c'eſt ce qui donne un ſi grand mérite à ſes travaux ſur le Droit Coutumier: c'eſt ce qui doit nous faire regretter qu'il n'ait pas eu le loiſir de publier lui-même tout ce qu'il avoit compoſé ſur ces matieres. Mais il n'eſt gueres de Sçavant qui n'ait donné au Public les mêmes regrets. Dans les Sciences, principalement qui exigent un grand fonds d'étude, la majeure partie de la vie eſt employée à acquérir les connoiſſances qui mettent en état d'enſeigner & d'écrire: & le temps manque enſuite pour l'exécution de tous les travaux qu'on ſe propoſe. Le génie & le ſçavoir inſpirent le courage, & portent à former des projets auxquels la briéveté de la vie met obſtacle. Si l'on s'appliquoit trop à l'enviſager, on tomberoit dans l'inaction & dans la langueur; & l'on n'oſeroit même entreprendre ce que l'on peut, ſi l'on n'avoit l'eſpérance de faire plus qu'on ne pourra.

M. Pothier auroit bien eu le temps de ne nous rien laiſſer à déſirer ſur le Droit Coutumier, s'il ne s'étoit engagé dans un autre travail qui a eu les ſuites les plus heureuſes. Il entreprit de traiter en françois la matiere la plus importante du Droit, celle dont l'uſage eſt le plus néceſ-

ſaire & le plus fréquent, & dont on ne peut puiſer les principes que dans les Pandectes ; la matiere des Obligations & des Contrats ; & il y a entremêlé quelques matieres de Droit François, les Retraits, la Communauté, le Douaire.

Il publia en 1761 le Traité des Obligations, en 2 vol., comme la baſe de ceux qu'il devoit donner enſuite. Cet Ouvrage a eu le plus grand ſuccès, & l'on en a fait deux éditions. Il ſera toujours regardé comme un Livre claſſique & eſſentiel : c'eſt celui que l'Auteur a le plus travaillé, & qui demandoit le plus de profondeur & de ſcience de Droit. Il y a diſcuté avec autant de pénétration que de clarté la diviſibilité & indiviſibilité des obligations ; matiere extrêmement ſubtile que Dumoulin a développée dans un Ouvrage particulier fort profond, mais fort difficile à entendre. Cette matiere avoit beſoin d'être traité avec cette préciſion & cette méthode qui manquoient à Dumoulin, chez lequel la profondeur ſembloit nuire à la clarté.

Le Traité des Obligations annonçoit un travail ſuivi ſur les différens Contrats. L'Auteur a rempli cet engagement. Chaque année a vu paroître un nouvel Ouvrage (1). Quels étoient ſes projets par la ſuite ? C'eſt ce qu'on ignore. Il eſt probable qu'il auroit donné ſes Ouvrages ſur le Droit François.

Ses Traités ſur les Contrats ont cet avantage, qu'ils renferment, non-ſeulement la connoiſſance du Droit Civil, & l'application de ſes principes aux actions qui ſe préſentent dans les Tribunaux, mais encore des déciſions sûres pour la conſcience. Les matieres y ſont traitées

(1) En 1762, il donna le Traité du Contrat de *Vente*, & celui des *Retraits*, pour ſervir d'Appendice au Contrat de *Vente* ; le tout diſcuté ſelon les regles, tant du for de la conſcience que du for extérieur ; ainſi qu'il eſt obſervé dans tous les autres Traités.

En 1763, le Traité du Contrat de *Conſtitution de Rente ;* celui du Contrat de *Change* ; de la négociation qui ſe fait par les Lettres de Change ; des Billets de Change & autres Billets de Commerce.

En 1764, le Traité des Contrats de *Louage*, & de *Bail à Rente.*

En 1765, Supplément au Traité du Contrat de *Louage*, ou Traité des Contrats de *Louage maritime ;* celui de *Société*, avec deux Appendices, dans l'un deſquels on traite des obligations qui naiſſent de la Communauté qui eſt formée ſans Contrat de Société ; & dans l'autre, de celles qui naiſſent du voiſinage ; & le Traité des *Cheptels.*

En 1766 & 1767, les Traités des Contrats de *Bienfaiſance*, du *Prêt à uſage*, du *Précaire* ; du *Prêt de Conſomption ;* du *Dépôt*, du *Mandat ;* le Traité du Quaſi-Contrat *Negotiorum geſtorum ;* les Traités du *Nantiſſement ;* des Contrats *Aléatoires*, d'*Aſſurance*, du *Prêt à la groſſe avanture*, & du *Jeu.*

En 1768, le Traité du Contrat de *Mariage.*

En 1769, le Traité de la *Communauté.*

En 1770, les Traités du *Douaire*, du *Droit d'Habitation*, des *Donations entre mari & femme* ; & celui du *Don mutuel*, auquel eſt ajoutée l'*Interprétation de l'Article* LXVIII *de la Coutume de Dunois.*

En 1771 & 1772, les Traités du *Domaine de Propriété*, & du *Droit de Poſſeſſion.*

dans

dans le for intérieur & dans le for extérieur; & en apprenant aux hommes les actions qui naiſſent de leurs conventions, & les droits qu'ils peuvent pourſuivre en jugement, il leur enſeigne à être juſtes, à n'exiger rien au-delà de la juſtice, quand même ils pourroient l'obtenir; à ne bleſſer jamais les droits d'autrui, quand même ils pourroient le faire avec ſuccès : partie du Droit bien précieuſe, qui conſtitue l'eſſence de la morale, & qui a bien plus d'étendue & d'exactitude que les Tribunaux ne peuvent en mettre dans leurs déciſions.

Ce n'eſt qu'aux Juriſconſultes qu'il appartient de tenir cette balance de la juſtice immuable, dont la juſtice humaine ne nous offre qu'une ombre imparfaite & une reſſemblance en quelque ſorte inanimée. Ce n'eſt qu'à eux qu'il appartient de monter ſur un Tribunal ſupérieur à ceux que l'autorité civile peut ériger, & d'y régler avec une préciſion rigoureuſe les droits & les devoirs des hommes.

Cette partie de la morale eſt ſans doute auſſi du reſſort des Théologiens, & ils doivent en être inſtruits ; mais c'eſt des Juriſconſultes qu'ils doivent l'apprendre. Qu'ils ne rougiſſent pas de conſulter les Loix Romaines, ils y trouveront, ſur preſque toutes les matieres, des déciſions pures, exactes, lumineuſes, ſans leſquelles on ne peut entreprendre de diriger les hommes, ſans riſquer, ou de les égarer par des déciſions peu sûres, & de favoriſer l'intérêt, qui n'eſt que trop adroit à faire illuſion à la bonne foi: ou d'alarmer & de troubler les conſciences par des avis trop rigoureux & mal-fondés. Auſſi M. Pothier n'aimoit-il pas que les Théologiens ou Caſuiſtes entrepriſſent de traiter les matieres de Droit; & il a pluſieurs fois réfuté les déciſions de l'*Auteur* (d'ailleurs très-eſtimable) *des Conférences de Paris*. Ils doivent lui ſçavoir gré de leur avoir appris à appliquer les Principes de la Juſtice aux eſpeces ſi variées que font naître les conventions : ils ne peuvent craindre de ſe tromper en ſuivant les déciſions d'un homme ſi éclairé.

Le ſtyle de M. Pothier eſt ſimple, facile, & aſſez ordinairement négligé. Il tenoit de ſon caractere éloigné de toute prétention & de toute recherche. Mais en même temps il eſt de la plus grande clarté, ſans qu'on puiſſe même ſe plaindre qu'il ſoit diffus; avantage que rien ne peut remplacer, & qui ſurpaſſe tous les autres dans les Ouvrages qu'on ne lit que pour s'inſtruire.

Sa modeſtie lui faiſoit dire qu'il n'écrivoit que pour ſes Ecoliers. Quelques Journaliſtes, plutôt faits pour juger des Brochures frivoles, que pour apprécier des Ouvrages de Droit, ſe ſont arrêtés à cette écorce ; & ne jugeant du mérite intrinſéque que par cette ſimplicité de ſtyle, ils n'ont pas craint de répéter ce jugement que la modeſtie

de M. Pothier lui faiſoit porter. Mais la vérité obligera toujours les gens en état de juger, de convenir que non-ſeulement ſes Traités ſur les Contrats, ſont propres à former des Juriſconſultes, mais même que les Juriſconſultes les plus ſçavans les liront avec fruit; qu'ils y trouveront la vraie ſcience du Droit, & que le Traité des *Obligations* eſt un chef-d'œuvre.

M. Pothier convenoit lui-même qu'il écrivoit ſans recherche par rapport au ſtyle. Il ne s'occupoit que de la choſe, & rendoit ſes idées telles qu'il les concevoit à la premiere vue. Mais comme il avoit l'eſprit très-juſte, ſes idées ſe préſentoient toujours avec ordre, elles ſe lioient d'elles-mêmes enſemble. Son plan renfermoit toute ſa matiere: ſes définitions ſont toujours exactes, ſes diviſions claires & méthodiques: les raiſons de douter & de décider ſont miſes dans un beau jour, & la ſolution trouve le Lecteur inſtruit par la diſcuſſion, & préparé à y acquieſcer. Il m'a fait plus d'une fois l'honneur de m'engager à revoir ſes manuſcrits, pour y corriger des négligences ou des longueurs. Je l'ai fait toutes les fois qu'il m'en a chargé; ou plutôt je me ſuis mis en devoir de le faire. Mes remarques étoient peu fréquentes & peu importantes, malgré la liberté qu'il me donnoit; je dirai même, malgré l'envie de lui plaire par un travail qu'il exigeoit. Je ſentois que ſi j'avois compoſé l'Ouvrage, j'aurois écrit autrement en général, parce que chacun a ſa maniere d'écrire: mais lorſque je voulois ſerrer le ſtyle, ou préſenter autrement les queſtions, je ſentois qu'il eût fallu tout remanier, & en même temps que ſon ſtyle étoit celui de la choſe, & qu'on n'auroit gueres pu le changer qu'au préjudice de la clarté. Quelques perſonnes auxquelles il a donné la même commiſſion, ont éprouvé la même choſe.

Il en eſt de la ſcience du Droit, comme de celle de la Médecine: il ne ſuffit pas d'en avoir acquis la théorie par l'étude, pour être en état d'en faire l'application; il faut y joindre l'uſage. M. Pothier poſſédoit également cette partie; & quoique la procédure ne préſente rien que d'ennuyeux pour un Juriſconſulte, il avoit ſurmonté ce dégoût. On a de lui un manuſcrit ſur la *Procédure civile*, & un ſur la *Procédure criminelle.*

A tant de connoiſſances acquiſes, il réuniſſoit toutes les qualités propres au Magiſtrat, dans un dégré excellent. Zéle pour le bien de la Juſtice, aſſiduité, promptitude dans l'expédition, déſintéreſſement, intégrité, fermeté, attachement à ſa Compagnie. Quelle eſt la vertu de ſon état qu'il n'ait pas poſſédée éminemment?

Il ſe voyoit avec la plus grande ſatisfaction ſur le Tribunal, entouré de ſes Eleves, qu'il avoit pris par la main pour les y faire monter; qu'il

avoit formés par ſes leçons, & qu'il continuoit d'inſtruire par ſes avis & par ſes exemples. Aucun d'eux n'a jamais pu ſe plaindre qu'il ait pris ſur lui ce ton de ſupériorité que ſon âge & ſon mérite lui auroient permis. Comment l'auroit-il eu vis-à-vis de ſes Confreres ? il ne le prenoit pas même avec ſes Diſciples. Il écoutoit les avis des autres; il permettoit qu'on lui fît des objections, & portoit la conviction par des réponſes qui frappoient en deux mots le point déciſif.

Quelle netteté, quelle lumiere ne mettoit-il pas dans ſes rapports ? Sans entrer dans des détails inutiles, il écartoit ce que les Défenſeurs des Parties n'ajoutent que trop ſouvent d'étranger, & ne préſentoit que la cauſe même & les moyens reſpectifs.

Dans le jugement des affaires criminelles, la ſcience du Juriſconſulte trouve moins d'application. Il ne s'agit que de la preuve d'un fait. Mais quelle attention, quelle juſteſſe d'eſprit ne faut-il pas, ſurtout dans les occaſions délicates, pour peſer les indices & les circonſtances, diſtinguer les degrés de probabilité & ne les pas confondre avec la certitude, & diſcerner également la certitude morale, de la certitude juridique.

M. Pothier excelloit en cette partie par ſa juſteſſe & ſa pénétration. Il étoit également propre à toutes les fonctions du Magiſtrat, & les a toutes remplies. On évitoit ſeulement de lui diſtribuer des Procès-criminels, dans leſquels on prévoyoit que la queſtion pouvoit être ordonnée; parce qu'il ne pouvoit en ſupporter le ſpectacle: impuiſſance qui procede beaucoup plus de la ſenſibilité des organes phyſiques, que du ſentiment moral. Du reſte, il ne ſe refuſoit à aucune des fonctions de la Magiſtrature; & ſur la fin de ſa vie, il n'en a été que trop ſurchargé par la mort de M. le Lieutenant-Criminel, & de M. le Lieutenant-Particulier.

Le Préſidial d'Orléans lui doit ſon rétabliſſement. Sans l'émulation qu'il a répandue dans les Etudes, & les ſujets qu'il a décidés à embraſſer la Magiſtrature, cette Compagnie ſe verroit aujourd'hui réduite à deux ou trois anciens Magiſtrats. Elle aura eu pendant vingt ans l'époque la plus brillante. Exemple unique dans la décadence univerſelle des Tribunaux. Mais peut-on ſe flatter que cette génération qui a totalement renouvellé la Compagnie depuis 1753, ſoit remplacée ? Peut-on ſe flatter que cet événement ſingulier ait des ſuites durables, lorſqu'on voit une cauſe particuliere & momentanée, faire exception aux cauſes générales qui entraînent la Magiſtrature du ſecond ordre vers ſa ruine ? J'expoſois les cauſes de ſon dépériſſement en 1763 dans un Diſcours public: Elles ne ſont certainement pas changées depuis;

& ce grand homme qui, dans ſa patrie, avoit en quelque ſorte repouſſé l'influence des cauſes ſi agiſſante par-tout ailleurs ; qui ſeul avoit ſoutenu ſa Compagnie ſur le penchant de ſa ruine, & l'avoit relevée avec tant d'avantage; cet homme n'eſt plus, & il ne ſera certainement pas remplacé.

Quand il s'éleveroit un auſſi grand Juriſconſulte que lui (& ſes Ouvrages pourroient contribuer à le former) où trouvera-t-on un homme qui, à la profondeur des connoiſſances, à la juſteſſe & à la pénétration dont il étoit doué, joigne à un auſſi haut dégré toutes les qualités du cœur; un homme qui ſoit auſſi bon, auſſi ſimple, auſſi modeſte, auſſi reſpectable à tous égards. Il étoit comme déplacé au milieu de nous par la pureté & la ſimplicité de ſes mœurs, qui n'avoit pas pris la moindre teinture des mœurs de ſon ſiécle.

Il a été beaucoup plus facile de rendre compte de ſes Ouvrages, que de donner une idée de ſes vertus: & cette partie de ſon Eloge qui me reſte à traiter, doit paroître bien imparfaite à ceux qui ont eu l'avantage de jouir de l'intimité de ſon commerce & des exemples de ſa vie privée.

SECONDE PARTIE.

LA vie d'un Sage & d'un Sçavant eſt peu fertile en événemens propres à intéreſſer la curioſité. La ſimplicité & l'uniformité en forment le caractere, & ſes ouvrages ſeuls font époque. Il en eſt de ſon hiſtoire comme de celle d'une nation dont le gouvernement auroit été depuis long-temps exempt d'ambition, ami de la paix, uniquement occupé du ſoin de rendre ſes ſujets heureux & éclairés ſur les moyens d'y parvenir. Les annales de ce peuple ſeroient très-ſtériles. Dès que l'on connoîtroit ſa conſtitution & ſon adminiſtration, on ſauroit ſon hiſtoire ; elle ſeroit la même d'un ſiecle à l'autre, parce que le caractere de l'ordre eſt l'uniformité.

Ce ſont les paſſions des hommes qui les agitent: ce ſont elles qui font naître les événemens; & l'hiſtoire n'eſt proprement que le récit de leurs effets. La vie du Sage ne peut donc gueres préſenter de faits intéreſſans: & elle n'en eſt que plus heureuſe.

Quelquefois le Sage ſe trouve entraîné malgré lui dans un tourbillon qui lui eſt étranger. Les circonſtances le portent hors de ſa ſphere, & le mettent en butte aux paſſions des hommes; ou l'élevent à des places qui l'expoſent à leur contradiction. Sa vie alors devient intéreſſante au préjudice de ſon repos.

M. Pothier n'eut jamais à ſe plaindre de ſes paſſions ni de celles des autres. Rien ne troubla la tranquillité de ſon ame : aucune circonſtance forcée ne dérangea le plan & l'uniformité de ſa vie. Aucuns autres événemens ne répandirent d'amertume ſur ſes jours, que la perte de ſes amis auxquels il étoit ſincérement attaché.

Parfaitement libre de toute eſpece de ſoin, il conſacra ſa vie toute entiere à ſes fonctions & à l'étude de la Juriſprudence : il ne connut point d'autres devoirs à remplir, ni d'autre goût à ſatisfaire.

Jamais il n'a eu le moindre projet de ſe marier. Il diſoit qu'il ne s'étoit pas ſenti aſſez de courage, & qu'il admiroit ceux qui l'avoient : il en faudroit beaucoup en effet, ſi ceux qui s'engagent dans cet état, en enviſageoient bien les ſuites.

Le parti du célibat eſt ſans doute le plus ſage & le meilleur que pût prendre un homme avare de ſon temps, uniquement dévoué à l'étude, & ſinguliérement ami de ſon repos. Cette réſolution le tire de la claſſe ordinaire des hommes ; elle le met à l'abri de la plupart des maux ; & en reſtreignant les objets de ſes attaches, elle lui épargne preſque toutes les occaſions d'inquiétude.

Perſonne n'a mieux profité de cet avantage que M. Pothier : il a voulu en jouir dans toute ſon étendue, & s'eſt cru dès-lors diſpenſé de tout ſoin domeſtique. Sa négligence à cet égard eut pu être un défaut dans un pere de famille. Ce défaut devenoit reſpectable en lui par le motif dont il naiſſoit. Il venoit du mépris le plus ſincere pour les richeſſes, & d'un grand fond de déſintéreſſement. Pour lui il ne voyoit dans ſa conduite, à cet égard, que l'effet qui réſultoit de ce ſentiment, c'eſt-à-dire, ſa négligence, & il ſe la reprochoit devant ſes amis (9).

On le nomma Echevin en 1747. Qu'il ſoit permis de dire que ce choix n'étoit pas réfléchi. Pourquoi vouloir qu'un homme, dont le temps eſt ſi précieux, en dépenſe une partie à des fonctions que d'autres peuvent remplir beaucoup mieux ? Pourquoi forcer un homme

---

(9) Il avoit remis 1500 liv. à un Notaire pour les placer à conſtitution. Le Notaire trouva un emploi qu'il approuva, & lui fit ſigner le contrat. Six mois après il lui porta ſa groſſe : il n'en avoit plus aucune idée : il ſoutint que ce n'étoit pas lui qui avoit fait ce prêt, & qu'il n'en avoit pas fourni le montant. Le Notaire fut obligé de lui montrer ſa ſignature ſur la minute.

Il ne ſçavoit gueres ce qui lui étoit dû, & n'en tenoit point d'état. Ce même Notaire recevoit un loyer commun à pluſieurs particuliers, dont M. Pothier avoit une partie. Il lui porta un jour ſix années qu'il avoit négligé de demander & qui lui étoient dues : M. Pothier ne voulut pas les recevoir, il ne penſoit pas qu'il lui fût tant dû. Il voulut du moins compoſer avec le Notaire ; en recevoir la moitié, en offrant de lui donner une quittance finale. Le Notaire étoit ſûr de ſa recette & de ſon regiſtre : il fallut qu'il ſe fâchât pour lui faire accepter le total.

déja trop grévé du ſoin de ſon patrimoine, de gérer celui de la Commune: auſſi ne fit-il preſqu'aucune fonction de cette place.

Il n'étoit nullement propre aux détails d'adminiſtration, & il n'eſtimoit pas aſſez les biens pour s'en inſtruire & s'en occuper. Heureuſement il trouva parmi ſes domeſtiques un adminiſtrateur fidele qui le forçoit à prendre les détails les plus indiſpenſables, & qui le déchargeoit de tous ceux qu'on pouvoit lui épargner (10).

Jamais il n'a cherché à augmenter ſon bien: il l'a ſeulement conſervé à-peu-près tel qu'il l'avoit reçu. S'il touchoit un rembourſement, il replaçoit le capital. On lui abattit une maiſon pour l'alignement d'une rue, il en racheta une autre de même valeur. La cauſe de ſon déſintéreſſement ne venoit pas de ſa fortune plus que ſuffiſante pour ſes beſoins, mais du fond de ſon caractere, & d'une indifférence réelle pour les richeſſes, qu'elles ſembleroient devoir donner & qu'elles ne donnent pas.

Quand il auroit été beaucoup plus riche, il n'auroit pas vécu autrement; il auroit donné davantage, & auroit été encore plus embarraſſé d'une plus grande régie; ſi tant eſt qu'il eût daigné en prendre plus de peine. S'il avoit pu conſentir à s'occuper davantage du ſoin de ſon patrimoine, ce n'auroit pu être que par un motif d'économie en faveur des pauvres. Il préféroit de les en dédommager par la frugalité de ſa vie, dans laquelle il trouvoit pour eux une épargne qui le

---

(10) Sa Gouvernante s'appelloit Thereſe Javoi : elle étoit à ſon ſervice depuis 1729. Tout ce qui appartient à ce grand homme mérite d'être connu ; & ſi ce foible écrit paſſe à la poſtérité, à la faveur des Ouvrages auxquels il eſt joint, il eſt juſte que le nom de cette fidelle gouvernante y paſſe.

Elle lui étoit très attachée, & a eu le plus grand ſoin de ſa ſanté; c'eſt une obligation que le public lui a. Elle auroit de grand cœur brûlé tous les livres de Droit lorſque ſon Maître étoit incommodé & s'obſtinoit à travailler. Pendant long-temps elle prenoit tous les ans une fois la peine de remettre en ordre la bibliotheque avec un ami de M. Pothier. Sur les dernieres années elle s'eſt négligée ſur cet article, & le déſordre étoit devenu ſi grand qu'on avoit peine à raſſembler deux volumes.

La confiance que M. Pothier avoit en elle, étoit entiere. Il ne lui cachoit gueres que ſes aumônes. Elle gouvernoit abſolument tout le domeſtique de ſon Maître, & en grande partie ſes affaires. Pour obtenir certaines choſes, il falloit la mettre dans ſes intérêts ; & ſans elle l'amitié que M. Pothier vouloit bien avoir pour moi, n'auroit peut-être pas ſuffi pour l'engager à ſe laiſſer peindre. Il n'y a conſenti qu'à condition que le portrait ne paroîtroit pas, & ſeroit mis à la campagne juſqu'à ſa mort, & je lui ai tenu parole.

Thereſe n'avoit pas eu de peine à prendre une ſorte d'aſcendant ſur un homme auſſi bon & auſſi ſimple. Elle prétendoit que cela étoit néceſſaire & pour le mieux, & qu'il falloit le gouverner comme un enfant. Il l'étoit auſſi en quelque ſorte pour les détails domeſtiques. Il ne faut pas demander s'il s'occupoit beaucoup de ſa garderobe : Thereſe lui achetoit, ſans lui en demander avis, ce dont il avoit beſoin ; les complimens s'adreſſoient à elle quand on voyoit ſon Maître en habit neuf, & il l'apprenoit par-là. Je demande pardon de ces détails ſi petits, mais ils ſervent à peindre.

mettoit en état d'être plus généreux que ſa fortune ne ſembloit le permettre. N'avoit-il pas lieu de ſe croire quitte envers eux par la diſtribution d'un ſuperflu d'autant plus conſidérable que ſon néceſſaire étoit plus étroit. Il regrettoit même l'étendue que ſes domeſtiques donnoient à ce néceſſaire, par attachement pour ſa ſanté ; & il falloit quelquefois lui cacher le prix des mets qu'on lui ſervoit. Les Dames des pauvres étoient toujours aſſurées de trouver en lui une reſſource. Il recevoit leur viſite avec une reconnoiſſance mêlée de reſpect. Il aimoit à les rendre dépoſitaires de ſes aumônes, parce qu'il vouloit les faire avec diſcernement, & qu'en les leur confiant, il étoit tranquille ſur la diſtribution, & diſpenſé de tout examen.

Mais combien de pauvres honteux alloient avec confiance lui découvrir leurs beſoins, & recevoient des ſecours efficaces dont la maniere de donner & la commiſération augmentoient le prix. Combien d'enfans n'a-t-il pas mis en état de gagner leur vie, en payant leur apprentiſſage ; eſpece d'aumône dont le fruit eſt le plus durable, parce qu'il prévient la pauvreté ? Combien de fois n'a-t-il pas porté au loin dans les campagnes & dans les villes écartées, des aumônes qui n'étoient ſollicitées que par les beſoins qu'il apprenoit ?

Qui pourroit connoître & compter tant de bonnes œuvres faites dans le ſecret, & cachées dans le ſein de Dieu ? Dans les temps de calamité ſur-tout, il ſe ſeroit épuiſé totalement, & privé du néceſſaire, ſi ſa Gouvernante n'eût eu la précaution de tenir quelqu'argent en réſerve pour les beſoins journaliers : il ſe cachoit d'elle pour ſes aumônes ; & elle étoit obligée de ſe cacher de lui, pour être en état de le nourrir. Elle n'avoit pas beſoin pour cela de prendre beaucoup de précautions : jamais il ne ſçavoit le compte de ſon argent : il lui donnoit ſa clef, lorſqu'elle en demandoit. Du reſte, tant qu'il en trouvoit, il puiſoit pour donner ; & ſa Gouvernante ne trouvoit d'autre moyen d'arrêter cet excès, que de le menacer de prendre à crédit les proviſions du ménage, ce qu'il ne pouvoit ſouffrir. Lorſque la caiſſe étoit épuiſée, il falloit aviſer à la remplir, & c'étoit encore le ſoin de la Gouvernante : il falloit qu'elle ſongeât où l'on pouvoit aller demander de l'argent, & qu'elle lui fit faire les quittances.

Tant de vertus & de bonnes œuvres dont ſa vie étoit remplie, étoient cachées & enveloppées ſous une profonde modeſtie, qui les déroboit beaucoup plus à ſes yeux qu'à ceux du public : & cette modeſtie étoit tellement répandue ſur ſes actions & ſur tout ſon extérieur, que de toutes ſes vertus, c'étoit celle qu'il avoit le plus de peine à cacher. Elle naiſſoit d'une humilité ſincere, par laquelle il ſe mettoit réelle-

ment au-deſſous des autres & qui l'empêchoit de ſoupçonner en lui-même le mérite que tout le monde y trouvoit.

Auſſi déſintéreſſé ſur ſa réputation que ſur ſa fortune, il ne s'occupoit pas plus de l'une que de l'autre; avec cette différence qu'il ne faiſoit rien pour augmenter ſes richeſſes; tandis qu'il ajoutoit tous les jours ſa réputation : mais il n'avoit pas plus en vue d'en acquérir que d'accroître ſon patrimoine. C'étoit à ſon inſçu, & malgré lui, que ſa réputation s'étendoit, & l'on étoit mal reçu à l'en faire appercevoir. Les louanges lui étoient auſſi inſupportables que le ſont les injures au reſte des hommes: il étoit aiſé de voir par ſon embarras & par l'air de ſon viſage, qu'elles le choquoient ſérieuſement & qu'elles l'offenſoient.

Etre indulgent pour les autres, craindre de leur manquer, & ne rien exiger pour ſoi-même, eſt le véritable fonds de la politeſſe; & cette politeſſe étoit auſſi vraie chez lui que ſa modeſtie dont elle étoit l'effet. Il ne manquoit à cette politeſſe que cette ſuperficie dont les hommes ſe contentent aſſez aiſément, & dont ils abuſent ſi ſouvent pour témoigner des ſentimens qu'ils n'approuvent pas: il n'y manquoit que ces manieres qu'on n'acquiert que dans le commerce du monde, & dont il eſt aſſez juſte, pour diſpenſer un homme qui a eu plus de commerce avec les livres qu'avec les ſociétés, ſur-tout lorſqu'il n'a rien de cette rudeſſe & de cette auſtérité que la retraite & l'application donnent quelquefois aux Sçavans ſans qu'ils s'en apperçoivent. M. Pothier en étoit bien éloigné. On n'auroit pu lui reprocher qu'un excès de modeſtie qui le rendoit timide & embarraſſé lorſqu'il ſe trouvoit avec des gens qu'il ne connoiſſoit pas, ou forcé par des devoirs de bienſéance de ſe montrer dans un grand cercle. Il s'y trouvoit déplacé, & comme tellement iſolé, qu'il prioit ordinairement quelqu'un de ſes amis de l'y accompagner, & vouloit bien regarder cette complaiſance comme un ſervice qu'on lui rendoit.

La nature, avare de ſes dons, ne les réunit pas toujours. Mais qui pourroit ne pas préférer le partage qu'elle en fit à M. Pothier, en lui refuſant les avantages extérieurs ? Sa figure n'avoit rien qui prevînt en en ſa faveur. Sa taille étoit haute, mais mal priſe & ſans maintien. Marchoit-il, ſon corps étoit tout penché d'un côté, ſa démarche ſinguliere & tout d'une piece. Etoit-il aſſis, ſes jambes ſi longues l'embarraſſoient; il les entrelaſſoit par des contours redoublés. Toutes ſes actions avoient un air peu commun de mal-adreſſe. A table, il falloit preſque lui couper les morceaux: vouloit-il attiſer le feu, il commençoit par ſe mettre à genoux, & n'y réuſſiſſoit pas mieux. La ſimplicité de ſes manieres & de tout ſon extérieur pouvoit prévenir ſur la bonté

de

de ſon caractere, mais n'annonçoit pas la ſupériorité de ſon eſprit. Il falloit, ou le juger ſur ſa réputation, ou l'approfondir aſſez pour être en état de l'apprécier: une viſite paſſagere ne pouvoit que nuire à l'idée qu'on avoit apportée. Ses yeux cependant avoient du feu & de la vivacité: ils indiquoient la pénétration de ſon eſprit & ſa facilité à ſaiſir: mais ils ne s'animoient que quand la converſation l'intéreſſoit.

Il étoit le premier à plaiſanter ſur ſa figure & ſur ſa mal-adreſſe. Il racontoit en riant, qu'en paſſant en robe à Paris devant un café, des jeunes gens en ſortirent pour le montrer au doigt.

Lorſqu'il fut à Paris, ſur l'invitation de M. d'Agueſſeau qui vouloit le connoître & conférer avec lui ſur le travail qu'il l'engageoit à entreprendre, il ſe préſenta à l'Hôtel de la Chancellerie. On lui dit que M. d'Agueſſeau n'étoit pas viſible. Il s'en alla, & vouloit repartir le lendemain. Si ſes amis ne l'euſſent retenu, il eut répété ce que fit la Fontaine, qui partit de Paris pour aller voir ſa femme à la Ferté-Milon, & revint ſans l'avoir vue; parce qu'au moment de ſon arrivée elle étoit au Salut. On pourroit peut-être comparer le caractere de ces deux hommes en plus d'un point. Il retourna donc voir M. le Chancelier, qui, averti qu'il étoit dans ſon antichambre, alla au-devant de lui, & le reçut avec une diſtinction qui étonna beaucoup toute l'audience, qui avoit jugé cet homme ſur la ſurface.

Il étoit, dans la ſociété, doux & affable, gai & ouvert avec ſes amis; mettant dans le commerce une franchiſe qui manifeſtoit toutes ſes penſées; jouiſſant d'une paix intérieure que rien n'altéroit, & d'une ſérénité qui n'étoit obſcurcie par aucun nuage. On trouvoit en lui cette ſimplicité qu'on aime à rencontrer dans les grands-hommes, parce qu'elle ſemble tempérer ce que leur mérite a d'impoſant. Cette ſimplicité paroiſſoit quelquefois ſinguliere, quelquefois auſſi elle ne l'étoit que par un excès de raiſon, ſi l'on peut parler ainſi, & relativement à la maniere commune de voir & de juger qu'elle contrarioit. Car les hommes même les plus raiſonnables, ne ſuivent gueres que l'opinion, ſoit qu'elle ſoit conforme ou contraire à la raiſon ſimple & dégagée de préjugés: & comme il eſt fort rare de rencontrer un homme qui ne porte que des jugemens dictés par une raiſon ſi épurée, ſes jugemens ne peuvent manquer de paroître ſinguliers.

Son caractere l'éloignoit de la contention & de la diſpute. Jamais il ne s'eſt perſonnellement offenſé de la contradiction: & il avoit peine à concevoir qu'on trouvât mauvais de ce qu'un autre n'étoit pas de notre avis. Mais il tenoit fortement à ſon ſentiment, non par attachement à ſon propre ſens, mais parce qu'il le croyoit vrai, & que ſes

lumieres ne lui permettoient pas de reſter indécis (11). Il le défendoit avec fermeté: il uſoit de la liberté de contredire, comme il trouvoit bon qu'on le fît à ſon égard: il en uſoit avec les vivans, comme avec les Auteurs dont il diſcutoit les ſentimens, ſans autre intérêt que celui de la vérité. L'autorité par elle-même ne lui en impoſoit pas, parce qu'elle n'eſt pas une raiſon : elle devenoit ſeulement pour lui un nouveau motif de diſcuter avec plus de ſoin, & de donner à ſes raiſons une force & une clarté capables de ſurmonter le poids de l'autorité.

Il y avoit par conſéquent beaucoup à gagner à lui faire des objections & à diſputer avec lui. L'attaque le tiroit de ſa tranquillité ordinaire; elle le forçoit de reprendre la queſtion, pour la traiter dans tous les ſens, en balancer les moyens, & établir ſon ſentiment avec une abondance & une énergie qui lui étoient propres.

Mais lorſqu'il mettoit véritablement de l'intérêt dans une affaire ou dans une opinion, (& quel autre intérêt pouvoit l'affecter que celui de la vérité, de la juſtice, ou du bien public) la douceur de ſon caractere & ſa modeſtie ne l'empêchoient pas de défendre ſon avis avec beaucoup de chaleur & de vivacité. Si dans ces occaſions il eût été fortement contredit, on l'eût vu oublier ſa modération, s'animer fortement, & s'irriter de la réſiſtance. Les paroles alors ſe preſſant en foule pour ſortir, n'auroient pu exprimer tout ce qu'il auroit voulu dire à la fois; & à force de vouloir perſuader, il auroit nui à la perſuaſion, dont il avoit naturellement le don. Il lui ſeroit peut-être même échappé malgré lui des choſes dures, que ſon cœur auroit déſavouées; qu'il auroit certainement dites ſans aigreur & ſans fiel ; que le zele lui auroit arrachées, & qu'il auroit dû faire excuſer, ſi les hommes n'étoient pas ordinairement plus ſenſibles aux effets extérieurs qu'aux motifs ; & avec cette ſorte de raiſon, qu'ils ne peuvent gueres juger que de ce qu'ils voyent. Qui l'auroit vu dans ces momens, l'auroit cru un homme entier, jaloux de prévaloir, ſuſceptible de concevoir du reſſentiment, & peu inquiet d'en faire naître chez les autres, & l'auroit fort mal jugé ſur ces dehors paſſagers. Quel homme fut plus ſimple, plus doux, plus ami de la paix, plus éloigné de toute animoſité. Il n'a jamais eu occaſion de pardonner, car le pardon ſuppoſe une offenſe, & il n'étoit pas acceſſible au reſſentiment d'une offenſe. On auroit pu lui manquer, mais non pas lui aigrir le cœur; encore moins lui faire éprouver le ſentiment de la haine. Sa raiſon autant que ſa religion, n'en auroient jamais

(11) Lorſqu'il craignoit de s'être trompé ſur un avis, ſoit par ſa faute, ou parce qu'on ne lui avoit pas bien expoſé la queſtion, il revenoit ſur ſes pas; examinoit de nouveau, & demandoit d'autres éclairciſſemens.

permis l'entrée dans ſon cœur : & l'on peut dire auſſi véritablement qu'il eût été également impoſſible à qui que ce ſoit de concevoir de la haine & même de la froideur contre lui.

Autant il auroit mis dans ces occaſions de chaleur & de zele, autant il mettoit d'indifférence, lorſqu'il s'agiſſoit de délibérer ſur des affaires de Corps, ſoit de cérémonial, ſoit de prétentions & d'intérêts de Compagnie.

Cette maniere de ſentir & de juger, tenoit au fond de ſon caractere naturellement ennemi de toute contention ſur les choſes qui ne lui paroiſſoient pas mériter d'en être l'objet. Il ſuppoſoit preſque tous les hommes auſſi ſimples que lui, auſſi pleins de cette raiſon ſupérieure qui s'éleve au-deſſus des dehors, auſſi indifférens ſur ce qui ne touche que la maniere, & n'appartient pas au fond des choſes.

C'eſt à cette façon de penſer, ainſi qu'à la naïveté de ſon caractere, qu'on peut attribuer la maniere dont il diſoit tout haut ſon avis à l'Audience. A peine un Avocat avoit-il expoſé une affaire, qu'il l'avoit ſaiſie : il prévoyoit déja les moyens & les réponſes; & il avoit jugé en lui-même, qu'à peine le Barreau ſçavoit-il ce dont il s'agiſſoit. Il n'avoit plus enſuite qu'à écouter la maniere dont la cauſe étoit attaquée & défendue. Si l'affaire étoit peu importante, il laiſſoit à ſon eſprit la liberté de s'occuper ailleurs : s'il prêtoit attention, il avoit peine à s'empêcher d'approuver ou d'improuver par des démonſtrations extérieures: ſouvent même il le faiſoit à mi-voix; de maniere qu'on ſçavoit aſſez ſouvent ſon avis, avant qu'on allât aux opinions.

Mais il ſe donnoit là deſſus bien plus de liberté lorſqu'il préſidoit. Le deſir louable ſans doute, mais qui doit être borné, d'expédier promptement les affaires, l'entraînoit malgré lui, & lui faiſoit oublier cette patience qui convient au Juge, & qui eſt due aux Parties. Celui qui ſuccombe ne doit pas avoir à ſe plaindre de n'avoir pas été entendu. Dès qu'il avoit ſaiſi une Cauſe, il ne donnoit le temps, ni aux Avocats de l'expliquer, ni aux autres Juges de l'entendre. Perſonne aſſurément ne le ſoupçonnoit de vouloir former ſeul le jugement, & concentrer en lui l'autorité du Tribunal. Le fond de ſon ame étoit trop connu pour que la malignité même pût ſe ſaiſir de ces dehors qui ſembloient lui prêter, pour lui ſuppoſer des retours ſecrets ſur lui-même. Mais il vouloit expédier ; & il croyoit ne pouvoir le faire trop vîte dans les affaires de peu d'importance. Si un Avocat s'écartoit du point déciſif, il ſe hâtoit de l'y ramener : mais s'il avançoit un moyen hazardé, ou ſoutenoit un principe faux, il le ſouffroit avec une impatience dont il n'étoit pas le maître, & l'interrompoit pour le rappeller aux vrais prin-

cipes & aux moyens de la cauſe (12). L'Audience dégénéroit ainſi quelquefois en diſſertations, & en une eſpece de conférence. Ses amis lui faiſoient des repréſentations qu'il approuvoit, mais il n'en étoit pas le maître. De la part de tout autre, cette maniere de préſider eut paru pour le moins ſinguliere. Mais cet homme étoit ſi reſpectable & en même-temps ſi reſpecté, ſi éloigné du deſſein de choquer perſonne, que tout lui étoit permis.

Ces détails peuvent ne pas paroître déplacés dans un Eloge hiſtorique. On aime à connoître même les petits défauts des grands-hommes, peut-être parce qu'ils ſemblent par-là ſe rapprocher un peu de nous, peut-être auſſi parce que ces légers défauts tiennent pour l'ordinaire à des diſpoſitions très-eſtimables, dont ils ne ſont que des effets trop marqués. Ils en ſont plus propres à peindre l'homme tel qu'il étoit: ce ſont de grands traits de caractere, qui aident à ſaiſir la reſſemblance.

C'eſt un grand avantage, ſur-tout dans les ſciences qui demandent autant de travail, & pour leſquelles la vie de l'homme eſt toujours trop courte, de n'en être diſtrait par aucun goût étranger, qu'on ne pourroit cultiver qu'au préjudice de l'objet principal : & c'eſt un grand mérite de ſçavoir réſiſter au deſir d'apprendre, lorſqu'on a tant de facilité pour y réuſſir. M. Pothier auroit pu, ſans négliger l'étude du Droit, ſe laiſſer entraîner à quelqu'étude particuliere, & y donner, par exemple, le temps des vacances (13). Il eût certainement aimé les Mathématiques & la Littérature ; & il en avoit aſſez de connoiſſance pour être tenté de l'accroître. Il avoit étudié autrefois la Géométrie ; & cette ſcience ſi propre à perfectionner la juſteſſe de l'eſprit, quoiqu'elle ne la donne pas, convenoit à un eſprit auſſi pénétrant. Il avoit également des diſpoſitions & du goût pour la Littérature : mais en ayant acquis un fonds ſuffiſant pour l'utilité, il n'auroit pu l'augmenter que par délaſſement, & il n'en trouvoit plus le temps.

L'étude à laquelle il a donné le plus de temps dans les dix à douze

---

(12) Souvent lorſque l'Avocat du défendeur avoit pris ſes concluſions, il expoſoit les moyens du demandeur en deux mots, & diſoit à l'Avocat, *Maître un tel, voilà ce qu'on vous oppoſe, c'eſt à ce moyen ſeulement qu'il faut répondre.*

(13) De tous les arts il n'aima jamais que la muſique, mais par ſentiment & ſans en avoir la moindre notion : il n'y cherchoit que ce qui pouvoit élever à Dieu : il ne l'aimoit que lorſqu'elle chantoit ſes louanges, & qu'elle exprimoit bien le ſens des paroles. Il y étoit alors très ſenſible, & ne pouvoit s'empêcher de laiſſer paroître par le mouvement de ſon viſage, & même par des geſtes, l'impreſſion qu'il éprouvoit.

Si ſes occupations le lui euſſent permis, il auroit aſſiſté à tout l'Office de la Cathédrale, tant il trouvoit de plaiſir & de goût au chant des Pſeaumes : il faiſoit paſſer dans ſon ame toute la chaleur dont ces divins Cantiques ſont remplis. Il les chantoit avec tranſport, ou plutôt il les déclamoit à ſa maniere, car il avoit la voix la plus fauſſe qui ſe puiſſe entendre.

premieres années de ſa Magiſtrature, fut celle de la religion. Il cherchoit à éclairer ſa foi, & à nourrir ſa piété. Son attachement à la religion étoit fondé ſur une conviction intime, puiſée dans la connoiſſance de ſes preuves, & fortifié par l'amour & la pratique de ſes préceptes. Auſſi quel mépris n'avoit-il pas pour les nouveaux Philoſophes. Il ne parloit d'eux qu'avec indignation. Il gémiſſoit ſur les progrès de l'incrédulité, & ſur la ſéduction des jeunes gens, comme ſur le dépériſſement des mœurs, qui en eſt l'effet.

Nous nous plaignons de la briéveté de ſa vie, nous regrettons que le temps ne lui ait pas permis de donner tant d'autres Traités qu'il projettoit. Auroit-il pu parvenir à publier tout ce que nous avons, s'il ſe fût livré à des occupations étrangeres? Ce n'eſt que par une économie rigoureuſe de ſon temps, qu'il a pu ſuffire à tant d'occupations différentes: il ne falloit pas moins que ſa pénétration & ſa facilité, pour réparer une partie du temps qu'on lui enlevoit.

Ce qu'on ne peut trop admirer, parce que rien n'eſt ſi rare, c'eſt la ſageſſe & la modération qu'il mettoit dans le travail de la compoſition. Ce travail ſans doute le plus agréable & le plus flatteur, obtient aiſément la préférence. Un Sçavant ſupporte avec impatience les occupations qui l'en détournent, & s'y ſouſtrait le plus qu'il peut. M. Pothier n'auroit-il pas pu penſer que la publication de ſes Ouvrages étoit un bien d'une utilité plus durable que tant d'autres ſervices qu'il rendoit au public, & trouver dans cette préférence l'excuſe la plus légitime, pour ſe diſpenſer d'autres devoirs.

Nous pouvons le penſer ainſi, & regretter aujourd'hui tant de temps ſi méritoirement employé de ſa part, mais dont il ne nous reſte rien. Pour lui il n'auroit pu le penſer & agir en conſéquence, qu'en mettant dans ſes Ouvrages plus d'importance que ne lui permettoit ſa modeſtie.

D'ailleurs, il avoit pour principe de concilier tous ſes devoirs. Avare de ſon temps pour des diſtractions volontaires, il ne l'étoit plus lorſqu'il s'agiſſoit d'être utile, & il ne montroit pas plus d'affection pour une occupation que pour une autre. Perſonne n'étoit plus aſſidu que lui au Palais: & jamais il ne manquoit à ſes leçons. Etoit-il rentré dans ſon Cabinet, il examinoit ſes Procès de rapport; recevoit des viſites, ſouvent peu néceſſaires, avec une patience bien rare dans un homme ſi occupé; il donnoit des conſeils, & répondoit aux lettres qui ſe multiplioient à meſure que ſa réputation s'étendoit. Combien de Procès n'a-t-il pas empêché par de ſages conſeils? Combien n'a-t-il pas arrangé de familles, & terminé de conteſtations? La confiance publique lui avoit érigé un tribunal volontaire.

La journée à laquelle il donnoit cependant assez d'étendue (14), se trouvoit souvent remplie, sans qu'il eût pu rien donner à la composition. Il avoit le talent de quitter le travail & de le reprendre avec une égale facilité (15). Il en sortoit toujours sans fatigue, parce que sage en tout point, & jusques dans l'étude, jamais il n'en fit excès; jamais il ne le prolongea pendant la nuit. Son souper à sept heures étoit toujours le terme de sa journée. Il n'en dérangeoit l'heure que le Mercredi, où il le différoit jusqu'à huit heures, parce qu'il tenoit ce jour-là une conférence à laquelle assistoient tous les jeunes Magistrats & plusieurs Avocats qui se faisoient gloire d'avoir été & d'être toujours ses éléves. Ces conférences duroient sans interruption depuis plus de quarante ans. Elles s'étoient d'abord tenues chez M. Prevôt de la Janès: à sa mort, elles furent transportées de droit chez M. Pothier.

Dans le cours d'une vie si occupée, on ne trouve gueres d'autre distraction volontaire qu'un voyage fort court qu'il fit à Rouen & au Havre en 1748. Il avoit toujours désiré de voir la mer; car il n'étoit point indifférent au spectacle de la nature; & celui de la mer, pour des yeux qui n'y sont pas accoutumés, est véritablement imposant par son immensité. Il annonce la grandeur de celui qui a creusé ce bassin pour y renfermer cet élément redoutable auquel il a donné des bornes. Au retour du Havre il resta quelque temps à Paris, chez M. de Guyenne, pour conférer avec lui sur le travail & l'édition des Pandectes. Il me fit l'honneur de m'associer à ce voyage. M. L'huillier, Lieutenant-Particulier, étoit aussi de la partie: je faisois alors ma premiere année de Droit, & ce voyage ne fut pas pour moi une interruption d'étude. J'avois les Instituts, & j'en trouvois le meilleur Commentaire possible dans la conversation de M. Pothier qui me les expliquoit (16).

---

(14) Il se levoit avant cinq heures, alloit à la Messe qui se dit à la Cathédrale pendant Matines, dont il entendoit même une partie; déjeunoit à six heures; se mettoit ensuite au travail, soit jusqu'à dîner, soit jusqu'à l'heure de l'Audience; dînoit à midi; donnoit sa leçon à une heure & demie, & rentroit dans son cabinet jusqu'au soir. S'il avoit quelque visite à rendre, il choisissoit ordinairement le Dimanche avant Vêpres, ou le Jeudi. Il soupoit régulièrement à sept heures, ne travailloit jamais après souper; il se couchoit à neuf heures, & dormoit sur-le-champ. Il aimoit beaucoup le café, mais il n'en prenoit plus; il avoit remarqué qu'il l'avoit plusieurs fois empêché de dormir jusqu'à dix heures; & par un calcul simple, il disoit qu'une heure de sommeil valoit mieux qu'une prise de café.

(15) Il poussoit la délicatesse jusqu'à ne se faire jamais céler chez lui; & lorsqu'il étoit absolument pressé de travail & forcé de se soustraire aux distractions, il alloit travailler chez un ami voisin.

(16) Nous parlions latin pendant presque toute la route: les gens qui étoient dans le carrosse le prenoient à sa figure singuliere, pour un Hibernois qui etoit mon Précepteur.

On lui demanda au Havre s'il vouloit manger du poisson (c'étoit un Dimanche) il répon-

Pendant le temps qu'il mit à compoſer ſon grand Ouvrage, il fut forcé, pour avancer ce travail qui ne devoit pas ſouffrir d'interruption, de ſe dérober en partie à ſes autres occupations. Il n'étoit pas encore Profeſſeur.

Il alloit paſſer une partie de l'été à Lû, où il trouvoit le repos & la ſolitude (17).

Depuis 1750 qu'il fut nommé Profeſſeur, il n'y alla plus que pendant les vacances: & ce temps que les gens les plus occupés deſtinent au délaſſement, étoit celui où il travailloit le plus, parce qu'il n'étoit pas diſtrait. C'eſt de Lû, en grande partie, que ſont ſortis les Traités qu'il nous a donnés. Il avoit toujours un cheval à Lû, & il aimoit cet exercice. Il eſt aiſé de ſe figurer la maniere dont il montoit à cheval. Ses courſes conſiſtoient à aller tous les Dimanches à la meſſe, à S. André de Châteaudun, & à rendre des viſites à ſes voiſins, parmi leſquels il trouvoit pluſieurs de ſes Confreres, mais jamais il ne découchoit (18).

Orléans raſſembloit en même-temps, & comptoit parmi ſes Citoyens, deux hommes rares & d'un mérite égal en différens genres : & pen-

---

dit qu'il n'étoit pas ſi dupe que de faire maigre un Dimanche. Ses deux compagnons de voyage penſerent autrement.

(17) Il avoit acquis en 1730 une petite ferme à Lû-en-Beauce à une lieue de Châteaudun. Il y avoit un petit logement par bas, auſſi ſimple & auſſi modeſte que ſa perſonne, & meublé de même. C'étoit vraiment la maiſon du Sage : le jardin étoit fort petit & auſſi antique que tout le reſte, & le terrein en étoit très mauvais. Un petit parterre couvert de vieux & grands ifs qu'il trouvoit admirables, en faiſoient l'ornement; & quelques allées d'épines tout le couvert. Je lui diſois un jour que ſi l'on avoit poſté la maiſon à quelque diſtance, on auroit trouvé de bonne terre, & qu'on auroit eu de l'agrément du jardin : il me répondit, *on a vraiment bien fait de le mettre ici: les autres terres donnent du bled, & le terrein eſt aſſez bon ici pour ſe promener.*

Il étoit cependant ſenſible aux agrémens d'une belle campagne & d'une belle vue. J'allois quelquefois le prendre le Jeudi à Orléans pour le forcer de ſortir de ſon cabinet & de profiter d'un beau jour. Nous fumes entr'autres, nous promener dans une maiſon d'Olivet : il étoit debout, immobile, & comme en extaſe de la beauté de la vue : il n'en ſortit que pour me dire, *non habemus hic manentem civitatem.*

(18) Je l'ai cependant forcé un jour de découcher. Il étoit venu dîner chez moi. Il ſurvint une grande pluie, je ne voulus pas abſolument le laiſſer partir. J'entrevis qu'une des cauſes de ſon refus étoit la crainte de cauſer de l'inquiétude à Thereſe. Cet obſtacle fut levé; Céſar ſon Domeſtique, qui ſuivoit toujours à pied ſon Maître à cheval, retourna à Lû & fit trouver bon à Thereſe que ſon Maître eût conſenti à n'être pas inondé pour retourner chez lui le même jour. J'eus grand ſoin de ne rien déranger à ſon régime. Mon hôte étoit endormi à neuf heures & quart.

Nous voulumes voir s'il ſe rappelloit le Piquet : il y avoit joué autrefois tous les ſoirs avec ſon oncle le Chanoine, mort en 1729, & le jeu l'ennuyoit ſi fort, qu'il ſe laiſſoit perdre pour s'aller coucher : il n'y avoit pas joué depuis; il ſe ſouvint parfaitement des regles, & ne fut mal-adroit qu'à manier les cartes.

dant plus de trente ans la petite maiſon de Lû a réuni ces deux hommes ſi dignes l'un de l'autre.

Agé de 88 ans, M. Pichart, (Chanoine de S. Aignan) pleure aujourd'hui la perte d'un ami auquel il ne s'attendoit pas de ſurvivre: ou plutôt tranquille ſur le ſort de ſon ami, il ne déplore que la perte publique. Auſſi profond dans la connoiſſance des Saintes Ecritures que M. Pothier dans celles du Droit, il travailloit de ſon côté à ces ſçavans Commentaires qu'il a compoſés ſur tous les Livres ſaints; ouvrages auſſi pleins d'onction & de piété, que de lumieres & de doctrine. Leur délaſſement conſiſtoit en une heure de promenade après dîner, & autant de converſation après le ſouper; car M. Pothier déjeûnoit trop matin pour qu'on pût ſe réunir. On peut croire que la converſation de ces deux amis devoit être intéreſſante. M. Pothier, quoique naturellement ſilentieux, ne l'étoit point lorſqu'on parloit de matieres qui lui convenoient, & il trouvoit dans M. Pichart une grande facilité de parler, beaucoup de Littérature & d'érudition ſacrée & profane. Il étoit aſſez inſtruit pour ſoutenir la converſation ſur les matieres les plus familieres à M. Pichart; & le champ étoit aſſez vaſte pour fournir à leur entretien. Mais il voulut auſſi pouvoir parler du Droit Romain avec lui, & il lui vanta ſi fort les Pandectes, que ſon ami ne put ſe refuſer à les lire: & il ne faut pas demander s'il fut ſatisfait de cette lecture.

La réputation de M. Pothier s'étoit néceſſairement répandue avec ſes Ouvrages; & il a eu de ſon vivant toute la célébrité dont un Sçavant peut jouir. La voix publique l'a reconnu pour le plus grand Juriſconſulte de ſon ſiecle, que dis-je, le plus grand depuis Dumoulin, à côté dequel elle a marqué ſa place. Sans attendre ſa mort, elle a fixé le degré d'autorité dû à ſes déciſions; & les premiers Tribunaux ont retenti de citations de ſes ouvrages: honneur non ſuſpect & le plus flatteur qu'un Juriſconſulte puiſſe jamais recevoir.

Ce jugement étoit porté non-ſeulement en France, mais auſſi par les étrangers, chez qui il étoit auſſi eſtimé que dans ſa patrie. Ses Ouvrages, en effet, ne ſont pas de ceux dont l'utilité eſt renfermée dans un certain eſpace. Par-tout où la ſcience du Droit ſera connue & cultivée; par-tout où le Droit Romain ſera enſeigné; par-tout où les hommes contracteront entr'eux, & auront beſoin de recourir aux principes de la Juſtice pour décider les queſtions que leurs conventions feront naître, le nom de M. Pothier ſera connu; ſes Ouvrages ſeront étudiés & conſultés. L'autorité d'un Juriſconſulte auſſi célebre, eſt proprement celle d'un Légiſlateur: que dis-je, elle la ſurpaſſe en tant qu'elle

qu'elle participe à celle des Loix de la Juſtice ; & que ces Loix immuables qui conviennent à tous les hommes, l'emportent ſur les volontés & les diſpoſitions verſatiles, tranſitoires & arbitraires, qu'il plaît aux hommes d'ériger en Loix.

Si M. Pothier n'eût travaillé que ſur les Loix municipales & particulieres de ſon pays, ſa réputation eut été circonſcrite dans les mêmes bornes ; mais il a été Juriſconſulte pour tous les temps & pour tous les lieux : il doit même avoir plus de célébrité chez les nations où la ſcience du Droit eſt cultivée avec ſoin, parce qu'elle conduit à toutes les places, qu'en France où elle eſt ſi négligée, où les places s'achetent, & où le prix qu'elles valent, diſpenſe de l'étude & du ſçavoir. Et même l'on peut ajouter que s'il fut étranger à ſon ſiecle par la ſimplicité de ſes mœurs, il ne le fut pas moins à ſon pays par le genre de ſes études.

S'il fût né en Allemagne, les Princes auroient diſputé entr'eux pour l'attirer & ſe l'attacher ; & ceux qui n'auroient pu le fixer chez eux, ſe ſeroient fait gloire de le décorer par des titres d'honneur & d'illuſtration. Il a vécu parmi nous comme l'homme le plus ordinaire, ſans recevoir la moindre diſtinction. Il étoit bien éloigné de croire en mériter, ni d'en déſirer. Mais ne peut-on pas être ſurpris qu'on n'ait jamais ſongé à acquitter la patrie envers lui par quelque décoration plus honorable pour ceux qui la procurent au mérite modeſte, qu'à celui qui la reçoit.

Il eſt également étonnant que cet homme ſi connu, n'ait jamais été conſulté ſur la légiſlation, & qu'on n'ait pas profité de ſes lumieres pour la réforme de nos Loix. Il eut été l'ame d'un conſeil de légiſlation. Mais par une fatalité ſinguliere, il eſt encore moins rare de trouver des gens de mérite, que de les voir mis en œuvre, & placés où ils devroient l'être.

Ce n'eſt point à nous à nous plaindre de cet oubli, & à regretter de ce que ſon mérite ne nous l'a point enlevé. Nous l'avons poſſédé ſans partage, & il s'eſt donné à nous tout entier, au préjudice de ce qu'il auroit fait de plus pour l'utilité générale, ſi les fonctions de Magiſtrat & de Profeſſeur ; ſi tant de ſervices particuliers qu'il n'a ceſſé de nous rendre, n'avoient pas employé une ſi grande partie de ſa vie. Tous les Citoyens l'ont eu pour conſeil : auquel d'entr'eux a-t-il refuſé le ſecours de ſes lumieres ? Tous les gens de bien l'ont eu pour ami. Les pauvres l'ont pleuré comme leur pere. Sa bienfaiſance & ſa douceur lui avoient concilié le reſpect & l'attachement univerſels. Tout le monde n'eſt pas à portée d'apprécier le Juriſconſulte ; mais le cœur eſt la

partie la plus eſſentielle de l'homme, & le peuple en eſt peut-être le meilleur juge.

Auſſi ſa mort a-t-elle cauſé un deuil général. Le public n'eſt pas toujours juſte: quelquefois le mérite préſent ſemble l'offuſquer: beaucoup plus porté à la critique qu'à l'approbation, & avare de ſon eſtime, il ne la lui accorde qu'avec reſtriction & ménagement, & ne ſe détermine à lui rendre toute la juſtice qui lui eſt due, que lorſqu'il a diſparu. Mais il n'a rien à ſe reprocher à l'égard de M. Pothier. La mort n'a fait que confirmer ſes ſentimens ſans y rien ajouter: ce qui eſt le plus grand éloge poſſible, & la preuve la plus complette d'un mérite éminent & ſans tache.

Quelque longs que puiſſent être les jours d'un homme auſſi précieux, ſa mort eſt toujours prématurée pour l'utilité publique. Celle de M. Pothier l'a été d'autant plus, que ſon âge de 73 ans & la régularité de ſa vie, pouvoient faire eſpérer de le conſerver encore pluſieurs années. Elle auroit été imprévue pour lui, ſi toute ſa vie n'y avoit été une préparation continuelle. Il n'a éprouvé, ni les infirmités de l'âge avancé, ni le dépériſſement de la vieilleſſe, ni l'affoibliſſement de ſes facultés intellectuelles, ni les douleurs de la maladie, ni la crainte qu'inſpirent les approches de la mort, & ſur laquelle la vie la plus ſainte ne raſſure pas toujours.

Une maladie de ſix jours nous l'a ravi. La fievre, quoique ſérieuſe, n'annonçoit pas un danger menaçant. Le 1er Mars il ſe trouva beaucoup mieux, & ſe leva. On le croyoit hors d'affaire, & il portoit le même jugement ſur ſon état. Le ſoir même il tomba en léthargie, & il a fini le 2 Mars cette vie ſi précieuſe aux yeux de Dieu & des hommes.

Son teſtament ne renferme aucune diſpoſition remarquable: il contient quelques legs remunératoires; quelques legs pieux, & le don à la Bibliotheque publique, des Livres qu'il pouvoit avoir, & qui lui manquoient.

Il n'a rien ordonné ſur ſa ſépulture: ceux qui ont préſidé à ſes funérailles, ont voulu ſans doute ſe conformer à l'eſprit de modeſtie qui étoit ſa principale vertu, en le faiſant inhumer dans un des endroits les plus écartés du Cimetiere commun.

Les Officiers municipaux ont réparé, autant qu'il étoit en eux, cet excès de modeſtie. Ils ont fait poſer ſur le mur voiſin, un marbre chargé d'une épitaphe, pour lui payer, au nom de la patrie, le tribut de la reconnoiſſance publique. Que pouvoient-ils faire de plus dans un en-

droit auſſi peu propre à recevoir un monument convenable ? (19)

Les grands-hommes, pendant leur vie, ont été la gloire & l'ornement de leur patrie. Leurs tombeaux continuent d'être pour elle une décoration : & elle eſt comptable à la poſtérité des honneurs rendus à leurs cendres.

Un étranger, pénétré de reſpect pour ce grand homme, voulut le voir en paſſant par Orléans, & pouvoir ſe vanter à ſon retour de l'avoir vu. Il ne put avoir cet avantage, parce qu'il paſſa pendant les vacances. Il ſe fit ouvrir la Salle de l'Univerſité, & voulut du moins voir la chaire d'où il enſeignoit. Mais ſi des étrangers nous demandoient à voir ſon tombeau, croyons-nous qu'ils duſſent en être bien ſatisfaits ?

C'étoit dans une Egliſe qu'il falloit l'inhumer. Les cendres d'un homme auſſi ſaint & auſſi reſpectable devoient-elles être placées ailleurs ? Et dans quelle Egliſe convenoit-il mieux de les dépoſer, que dans l'Egliſe Cathédrale, dans l'Egliſe commune à tous les Citoyens,

---

(19) Épitaphe de M. POTHIER, placée au grand Cimétiere, où il a été inhumé.

HIC JACET
ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER,
Vir Juris peritiâ, æqui ſtudio,
Scriptis, conſilioque,
Animi candore, ſimplicitate morum,
Vitæ ſanctitate
Præclarus.
Civibus ſingulis, probis omnibus,
Studioſæ Juventuti,
Ac maximè Pauperibus,
Quorum gratiâ pauper ipſe vixit,
Æternum ſuî deſiderium
reliquit,
Anno reparatæ ſalutis 1772.
Ætatis verò ſuæ 73.

Præfectus & Ædiles,
Tàm Civitatis nomine quàm ſuo,
Poſuêre.

dans cette Egliſe, à côté de laquelle il avoit vécu, où il avoit donné tant d'exemples de piété, où tous les jours il alloit ſe proſterner devant Dieu, en prévenant le lever du ſoleil ? Louis XIV s'eſt honoré lui-même en faiſant inhumer à S. Denis, le Maréchal de Turenne. N'en doutons pas, le Chapitre, au milieu duquel il avoit vécu, & qu'il avoit ſi ſouvent édifié par ſa préſence, auroit reçu avec empreſſement ce précieux dépôt. Il eût été facile alors d'ériger ſur ſa tombe un monument plus honorable pour la reconnoiſſance publique ; plus digne d'en tranſmettre le témoignage à la poſtérité ; plus propre à ſatisfaire les étrangers, que la beauté de l'édifice attire dans ce Temple auguſte. Seroit-il donc impoſſible de le faire encore aujourd'hui ? Quel eſt le Citoyen qui n'applaudiroit pas à cette tranſlation ? Si la dureté des temps & des circonſtances ne permettoit pas aux Officiers municipaux d'employer à ce monument, la ſomme qu'ils déſireroient, les héritiers, ſans doute, tiendroient à honneur de s'en charger : & ſi ces moyens ne ſuffiſoient pas, qu'on ouvre une ſouſcription publique, & que tous ceux à qui ce grand-homme ne fut pas cher, ſe diſpenſent de contribuer à honorer ſa mémoire.

F I N.

TABLE
DES CHAPITRES,

Articles, Sections & Paragraphes contenus dans le Traité des Obligations.

PREMIERE PARTIE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, Page 1

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations ; & de leurs effets, 3

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations, ibid.

SEC. I. *Des Contrats,* ibid.

ART. I. *Ce que c'eſt qu'un Contrat ; en quoi il differe de la pollicitation ; & des choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque Contrat,* 4

§. I. *Ce que c'eſt qu'un Contrat,* ibid.

§. II. *En quoi le Contrat differe-t-il de la Pollicitation,* 5

§. III. *Des trois choſes qu'on doit diſtinguer dans chaque Contrat,* ibid.

ART. II. *Diviſion des Contrats,* 8

ART. III. *Des différens vices qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats,* 11

§. I. *De l'erreur,* ibid.

§. II. *Du défaut de liberté,* 14

§. III. *Du Dol,* 17

§. IV. *De la léſion entre Majeurs,* 18

§. V. *De la leſion entre Mineurs,* 20

§. VI. *Du défaut de cauſe dans le Contrat,* 21

§. VII. *Du défaut de lien dans la perſonne qui promet,* 24

ART. IV. *Des perſonnes qui ſont capables, ou non, de contracter,* 25

ART. V. *De ce qui peut être l'objet des Contrats. Que ce ne peut être qu'une choſe qui concerne les parties contractantes, ſuivant la regle qu'on ne peut valablement ſtipuler ni promettre que pour ſoi,* 27

§. I. *Quelles ſont les raiſons du principe qu'on ne peut ſtipuler, ni promettre pour un autre,* 28

§. II. *Pluſieurs cas, dans leſquels nous ſtipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention faſſe mention d'un autre,* 29

§. III. *Que ce qui concerne une autre perſonne, que les parties contractantes, peut être le mode, ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puiſſe en être l'objet,* 35

§. IV. *Qu'on puiſſe ſtipuler & promettre par le miniſtere d'un tiers, & que ce n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre,* 38

ART. VI. *De l'effet des Contrats,* 41

ART. VII. *Regles pour l'interprétation des conventions,* 43

ART. VIII. *Du ſerment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions,* 47

SEC. II. *Des autres cauſes des Obligations,* 51

§. I. *Des quaſi-Contrats,* ibid.

§. II. *Des délits & quaſi-délits,* 52

§. III. *De la loi,* 54

SEC. III. *Des perſonnes entre leſquelles peut ſubſiſter une obligation*, 55
SEC. IV. *De ce qui peut faire l'objet & la matiere des Obligations*, 56
§. I. *Theſe générale ſur ce qui peut être l'objet des Obligations*, ibid.
§. II. *Quelles choſes peuvent être l'objet d'une Obligation*, 57
§. III. *Quels faits peuvent être l'objet des Obligations*, 59

CHAPITRE II.

De l'effet des Obligations, 61
ART. I. *De l'effet des Obligations de la part du debiteur*, ibid.
§. I. *De l'Obligation de donner*, ibid.
§. II. *De l'obligation de faire ou de ne pas faire*, 63
ART. II. *De l'effet de l'Obligation par rapport au créancier*, 64
§. I. *Du cas auquel l'Obligation conſiſte à donner*, ibid.
§. II. *Du cas auquel l'Obligation conſiſte à faire ou ne pas faire*, 67
ART. III. *Des dommages & intérêts réſultans, ſoit de l'inexécution des Obligations, ſoit du retard apporté à leur exécution*, ibid.

SECONDE PARTIE.

Des différentes eſpeces d'Obligations, 77

CHAPITRE PREMIER.

Expoſition générale des differentes eſpeces d'obligations, ibid.
§. I. *Premiere diviſion*, ibid.
§. II. *Deuxieme diviſion*, 78
§. III. *III, IV & V. diviſion*, ibid.
§. IV. *Sixieme diviſion*, 80
§. V. *Septieme diviſion*, ibid.
§. VI. *Huitieme diviſion*, 81
§. VII. *IX, X, XI & XII diviſions*, ibid.

CHAPITRE II.

De la premiere diviſion des Obligations, en Obligations civiles & en Obligations naturelles, 82

CHAPITRE III.

Des différentes modalités ſous leſquelles les Obligations peuvent être contractées, 85
ART. I. *Des conditions ſuſpenſives, & des Obligations conditionnelles*, ibid.
§. I. *Qu'eſt-ce qu'une condition; & ſes différentes eſpeces*, ibid.
§. II. *Ce qui peut faire une condition qui ſuſpende une Obligation*, 68
§. III. *Quand les conditions ſont-elles cenſées accomplies*, 88
§. IV. *De l'indiviſibilité de l'accompliſſement des conditions*, 93
§. V. *De l'effet des conditions*, 94
§. VI. *Lorſqu'une Obligation a été contractée ſous pluſieurs conditions, eſt-il néceſſaire que toutes l'accompliſſent*, 95
ART. II. *Des conditions réſolutoires, & des Obligations réſolubles ſous une certaine condition; & de celles dont la durée eſt limitée à un certain temps*, 96
ART. III. *Du terme de paiement*, 97
§. I. *Ce que c'eſt que terme de paiement; & ſes différentes eſpeces*, ibid.
§. II. *De l'effet du terme & en quoi il differe de la condition*, ibid.
§. III. *Des cas auxquels la dette peut être exigée avant le terme*, 99
§. IV. *Du terme joint aux conditions*, ibid.
ART. IV. *Du lieu convenu pour le paiement*, 100
ART. V. *Des Obligations contractées avec la clauſe de pouvoir payer à une perſonne indiquée, ou avec celle de payer une certaine choſe, à la place de la choſe due*, 101
ART. VI. *Des Obligations alternatives*, 102

ART. VII. *Des Obligations ſolidaires entre pluſieurs créanciers*, 106
ART. VIII. *De la ſolidité de la part des débiteurs*, 107
§. I. *Ce que c'eſt qu'une Obligation ſolidaire de la part des débiteurs*, ibid.
§. II. *En quel cas l'Obligation de pluſieurs débiteurs eſt réputée ſolidaire*, 109
§. III. *Des effets de la ſolidité entre pluſieurs débiteurs*, 111
§. IV. *De la remiſe de la ſolidité*, 115
§. V. *De la ceſſion des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur ſolidaire qui paie le total*, 119
§. VI. *Des actions que le débiteur ſolidaire qui a payé ſans ſubrogation, peut avoir de ſon chef, contre ſes codébiteurs*, 123

CHAPITRE IV.

DE quelques eſpeces particulieres d'Obligations conſidérées par rapport aux choſes qui en ſont l'objet. 125
SEC. I. *De l'Obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre*, ibid.
SEC. II. *Des Obligations dividuelles, & des Obligations individuelles*, 129
ART. I. *Quelles Obligations ſont dividuelles, & quelles Obligations ſont individuelles*, ibid.
§. I. *Qu'eſt-ce qu'une Obligation dividuelle, & une Obligation individuelle?* ibid.
§. II. *Des différentes eſpeces d'indiviſibilité*, 131
§. III. *Pluſieurs eſpeces particulieres d'Obligations à l'égard deſquelles on demande ſi elles ſont diviſibles ou indiviſibles*, 133
De l'Obligation de livrer une piece de terre, ibid.
De l'Obligation d'une corvée ou journée, 134
De l'Obligation de faire quelque Ouvrage, 135
De l'Obligation de donner une certaine ſomme léguée pour la conſtruction d'un Hôpital, ou pour quelqu'autre ſuj, ibid.
ART. II. *De la nature & des effets des Obligations diviſibles*, 135
§. I. *Principes Généraux*, ibid.
§. II. *Modifications du premier effet de la diviſion de l'Obligation du côté du débiteur*, 136
§. III. *Du ſecond effet de la diviſion de la dette, qui conſiſte en ce qu'elle peut être payée par parties*, 142
§. IV. *Du cas auquel la diviſion de la dette ſe fait, tant de la part du créancier, que du débiteur*, 145
§. V. *Si la réunion des portions, ſoit des héritiers de créancier, ſoit des héritiers du débiteur, en une ſeule perſonne, fait caſſer la faculté de payer la dette par parties*, 146
§. VI. *Différence entre la dette de pluſieurs corps certains, & celle de pluſieurs choſes indéterminées, touchant la maniere dont elles ſe diviſent*, 148
ART. III. *De la nature & des effets des Obligations individuelles*, ibid.
§. I. *Principes généraux ſur la nature des Obligations individuelles*, ibid.
§. II. *De l'effet de l'indiviſibilité de l'Obligation* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du créancier*, 150
§. III. *De l'effet des Obligations* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du débiteur*, 152
§. IV. *De l'effet des Obligations indiviſibles* in non faciendo, 154

CHAPITRE V.

DES Obligations pénales, 156
ART. I. *De la nature des Obligations pénales*, ibid.
Premier Principe, ibid.
Second Principe, 157
Troiſieme Principe, ibid.
Quatrieme Principe, 158
Cinquieme Principe, 160
ART. II. *Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'Obligation pénale*, 162

§. I. *Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'Obligation de ne pas faire quelque choſe*, 162
§. II. *Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'Obligation de donner ou de faire quelque choſe*, 163
ART. III. *Si le débiteur peut en s'acquittant par parties de ſon Obligation, éviter la peine pour partie*, 164
ART. IV. *Si la peine eſt encourue pour le total & par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux*, 166
§. I. *Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations indiviſibles*, 167
§. II. *Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations diviſibles*, 169
ART. V. *Si la peine eſt encourue pour le total, & envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux*, 174

CHAPITRE VI.

DES Obligations acceſſoires des fidéjuſſeurs, & autres qui accédent à celle d'un principal débiteur, 175
SEC. I. *De la nature du cautionnement; définition des cautions des fidéjuſſeurs, & les Corollaires qui en dérivent*, ibid.
SEC. II. *Diviſion des fidéjuſſeurs ou cautions*, 189
SEC. III. *Des qualités que doivent avoir les cautions*, 190
§. I. *Des qualités que doit avoir une perſonne pour contracter un cautionnement*, ibid.
§. II. *Des qualités requiſes pour qu'une perſonne ſoit reçue à être caution*, 192
§. III. *Des cas auxquels un débiteur eſt tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue*, 193
SEC. IV. *Pour qui, envers qui, pour quelle Obligation, & comment le cautionnement peut-il être fait*, 194
§. I. *Pour qui & envers qui*, ibid.
§. II. *Pour quelle Obligation*, 195
§. III. *Comment ſe contractent les cautionnemens*, 197
SEC. V. *De l'étendue du cautionnement*, 198
SEC. VI. *De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens, & des différentes exceptions que la Loi accorde aux cautions*, 199
ART. I. *De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens*, ibid.
ART. II. *De l'exception de diſcuſſion*, 201
§. I. *Origine de ce droit*, ibid.
§. II. *Quelles cautions peuvent oppoſer l'exception de diſcuſſion*, ibid.
§. III. *En quel cas le créancier eſt-il obligé à la diſcuſſion; & quand l'exception de diſcuſſion doit-elle être oppoſée*, 202
§. IV. *Quels biens le créancier eſt-il obligé de diſcuter*, 203
§. V. *Aux dépens de qui doit ſe faire la diſcuſſion*, 205
§. VI. *Le créancier qui a manqué à faire la diſcuſſion, eſt-il tenu de l'inſolvabilité du débiteur*, ibid.
ART. III *De l'exception de diviſion*, 206
§. I. *Origine de ce droit*, ibid.
§. II. *Qui ſont ceux qui peuvent ou non oppoſer l'exception de diviſion*, ibid.
§. III. *Qui ſont ceux entre qui la dette doit être diviſée*, 207
§. IV. *Un cautionnement peut-il ſe diviſer avec une caution qui n'a pas valablement contracté, & avec une caution mineure*, 208
§. V. *Quand l'exception de diviſion peut-elle être oppoſée*, 210
§. VI. *De l'effet de l'exception de diviſion*, 211
ART. IV. *De la ceſſion d'actions ou ſubrogation que le créancier eſt tenu d'accorder au fidéjuſſeur qui le paie*, 212
SEC. VII. *Du droit qu'a la caution contre le principal débiteur & contre ſes cofidéjuſſeurs*, ibid.
ART. I. *Du recours de la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé*, ibid.

§. I. *Quelles ſont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé*, ibid.
§. II. *Quel paiement donne lieu à ces actions*, 213
§. III. *Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal*, ibid.
Premiere Condition, ibid.
Deuxieme Condition, 214
Troiſieme Condition, 215
§. IV. *Quand la caution qui a payé, peut-elle exercer ſon recours*, ibid.
§. V. *Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action contre chacun d'eux ; & pour combien*, ibid.
ART. II. *Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé*, 217
ART. III. *Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat*, 218
ART. IV. *Des actions de la caution contre ſes cofidéjuſſeurs*, 223
SEC. VIII. *De pluſieurs autres eſpeces d'Obligations acceſſoires*, 225
ART. I. *De l'Obligation de ceux qu'on appelle en Droit* Mandatores, ibid.
ART. II. *De l'Obligation des Commettans*, 229
§. I. *En quel ſens les Commettans accedent aux obligations des Contrats de leurs prépoſés, & en quoi ils different des autres débiteurs acceſſoires*, ibid.
§. II. *En quel cas y a-t-il lieu à l'obligation acceſſoire des Commettans*, 230
§. III. *De l'effet des obligations acceſſoires des Commettans*, 231
§. IV. *De l'Obligation acceſſoire des Commettans, qui naît des délits de leurs prépoſés*, 232
§. V. *Des Peres de famille, & des Maîtres*, 233
SEC. IX. *Du Pact* conſtitutæ pecuniæ, 234
§. I. *De ce qui eſt néceſſaire pour la validité du Pact* conſtitutæ pecuniæ, 236
§. II. *Si le Pact* conſtitutæ pecuniæ *renferme néceſſairement un terme dans lequel on promet payer*, 240
§. III. *Si on peut par le Pact* conſtitutæ pecuniæ *s'obliger à plus que ce qui eſt dû, ou à autre choſe que ce qui eſt dû, ou obliger d'une différente maniere*, ibid.
§. IV. *De l'effet du Pact* conſtitutæ pecuniæ, *& de l'obligation qui en naît*, 243
§. V. *De l'eſpece de Pact par lequel on promet au créancier de donner certaines ſûretés*, 250

TROISIEME PARTIE.

DES manieres dont s'éteignent les Obligations, & des différentes fins de non-recevoir, ou preſcription contre les créances, 251

CHAPITRE PREMIER.

Du paiement réel, & de la conſignation, ibid.
ART. I. *Par qui le paiement doit-il être fait*, 252
ART. II. *A qui le paiement doit-il être fait*, 254
§. I. *Du paiement fait au créancier*, 255
§. II. *De ceux qui ont pouvoir du créancier pour recevoir*, 257
§. III. *De ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir*, 259
§. IV. *De ceux à qui la convention donne qualité pour recevoir*, ibid.
§. V. *De quelle maniere le paiement fait à la perſonne qui n'avoit ni pouvoir ni qualité pour recevoir, peut-il être rendu valable*, 262
ART. III. *Quelle choſe doit être payée, comment, & en quel état*, 263

§. I. *Peut-on payer une choſe pour une autre*, 263
§. II. *Le créancier eſt-il tenu de recevoir par parties ce qui lui eſt dû*, 264
§. III. *Comment la choſe qui eſt due peut-elle être payée*, 266
§. IV. *En quel état la choſe doit-elle être payée*, 268
ART. IV. *Quand le paiement doit-il être fait*, 269
ART. V. *Où le paiement doit-il être fait, & aux dépens de qui*, ibid.
§. I. *Où le paiement doit-il être fait*, ibid.
§. II. *Aux dépens de qui ſe fait le paiement*, 271
ART. VI. *De l'effet des paiemens*, ibid.
§. I. *Si un ſeul paiement peut éteindre pluſieurs Obligations*, ibid.
§. II. *Si le paiement fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation de tous les autres débiteurs de la même obligation ; & de la ceſſion d'actions*, 272
§. III. *De l'effet des paiemens partiels*, 279
ART. VII. *Regles ſur les imputations*, 280
ART. VIII. *De la conſignation & des offres du paiement*, 285

CHAPITRE II.

De la Novation, 288
ART. I. *Ce que c'eſt, & quelles ſont ſes différentes eſpeces*, ibid.
ART. II. *Des dettes qui ſont la matiere néceſſaire de la Novation*, 289
ART. III. *Quelles perſonnes peuvent faire novation*, 290
ART. IV. *Comment ſe fait la novation*, ibid.
§. I. *De la forme de la novation*, ibid.
§. II. *De la volonté de faire novation*, ibid.
§. III. *Si la conſtitution d'une rente, pour le prix d'une ſomme due par le conſtituant, renferme eſſentiellement une novation*, 293
§. IV. *De la néceſſité qu'il y a que quelque choſe différencie la nouvelle dette de l'ancienne*, 295
§. V. *Si le conſentement de l'ancien débiteur eſt néceſſaire pour la novation*, ibid.
ART. V. *De l'effet de la novation*, 296
ART. VI. *De la Délégation*, 297
§. I. *Ce que c'eſt que la délégation, & comment elle ſe fait*, ibid.
§. II. *De l'effet de la délégation*, 298
§. III. *Si le délégant eſt tenu de l'inſolvabilité du délégué*, 299
§. IV. *Différence entre la délégation, le tranſport & la ſimple indication*, 301

CHAPITRE III.

De la remiſe de la dette, ibid.
ART. I. *Comment ſe fait la remiſe d'une dette*, ibid.
§. I. *Si la remiſe d'une dette peut ſe faire par une ſimple convention*, ibid.
§. II. *En quel cas préſume-t-on une remiſe tacite*, 302
§. III. *Si la remiſe peut ſe faire par la ſeule volonté du créancier, ſans convention*, 304
§. IV. *Si la remiſe peut ſe faire pour partie*, 305
ART. II. *Des différentes eſpeces de remiſes*, 306
§. I. *De la remiſe réelle*, ibid.
§. II. *De la décharge perſonnelle*, ibid.
§. III. *Si le créancier peut licitement recevoir quelque choſe d'une caution pour la décharger, ſans l'imputer ſur la dette ; & pluſieurs queſtions qui en dépendent*, 307
ART. III. *Quelles perſonnes peuvent faire remiſe, & à qui*, 309
§. I. *Quelles perſonnes peuvent faire remiſe*, ibid.
§. II. *A qui la remiſe peut-elle être faite*, 310

CHAPITRE IV.

De la compenſation, 311
§. I. *Contre quelle dette peut-on oppoſer la compenſation*, 312

§. II. *Quelles dettes peuvent être oppoſées en compenſation*, 315
§. III. *Comment ſe fait la compenſation ; & de ſes effets*, 320

CHAPITRE V.

De l'extinction de la dette par la confuſion, 326
§. I. *En quel cas ſe fait cette confuſion*, ibid.
§. II. *De l'effet de la confuſion*, 327

CHAPITRE VI.

De l'extinction de l'obligation par l'extinction de la choſe due, ou lorſqu'elle ceſſe d'être ſuſceptible d'obligation, ou qu'elle eſt perdue, de maniere qu'on ignore où elle eſt, 329
ART. I. *Expoſition générale des principes ſur cette maniere dont s'éteignent les dettes*, ibid.
ART. II. *Quelles eſpeces d'obligations ſont ſujettes à s'éteindre par l'extinction de la choſe due, ou lorſqu'elle ceſſe de pouvoir être due*, 332
ART. III. *Quelles extinctions de la choſe due éteignent la dette ; quand & contre qui elle eſt perpétuée nonobſtant cette extinction*, 333
ART. IV. *Si l'obligation qui eſt éteinte, par l'extinction de la choſe due, eſt tellement éteinte, qu'elle ne ſubſiſte pas pour ce qui reſte de cette choſe, ni pour les droits & actions qu'a le débiteur par rapport à cette choſe*, 337

CHAPITRE VII.

De pluſieurs autres manieres dont s'éteignent les obligations, 340
ART. I. *Du temps*, ibid.
ART. II. *Des conditions réſolutoires*, 341
ART. III. *De la mort du créancier & du débiteur*, 342
§. I. *Regles générales*, 342
§. II. *Des créances qui s'éteignent par la mort du créancier*, 343
§. III. *Des créances qui s'eteignent par la mort du débiteur*, ibid.

CHAPITRE VIII.

Des fins de non-recevoir, & preſcriptions contre les créances, 344
ART. I. *Principes généraux ſur les fins de non-recevoir & preſcriptions*, ibid.
ART. II. *De la preſcription trentenaire*, 346
§. I. *Sur quelles raiſons eſt-elle fondée*, ibid.
§. II. *De quand & contre qui court-elle*, ibid.
§. III. *De l'effet de la preſcription trentenaire*, 350
§. IV. *Comment s'interrompent les preſcriptions qui ne ſont pas encore accomplies*, 351
§. V. *Comment ſe couvrent les preſcriptions accomplies*, 356
ART. III. *De la preſcription de quarante ans*, 358
ART. IV. *Des preſcriptions de ſix mois & d'un an contre les actions des Marchands, Artiſans & autres perſonnes*, 360
§. I. *En quel cas y a-t-il lieu à la preſcription de ſix mois*, ibid.
§. II. *En quel cas y a-t-il lieu à la preſcription d'un an*, 361
§. III. *En quel cas ces preſcriptions n'ont-elles pas lieu*, ibid.
§. IV. *De quand courent les preſcriptions, & contre qui*, 362
§. V. *Du fondement & de l'effet de ces preſcriptions*, 364
ART. V. *De pluſieurs autres eſpeces de preſcriptions*, 365

QUATRIEME PARTIE.

De la preuve tant des Obligations que de leurs paiemens, 367

CHAPITRE PREMIER.

De la preuve littérale, ibid.
ART. I. *Des titres authentiques originaux*, ibid.
§. I. *Quels Actes ſont authentiques*, ibid.
§. II. *Comment les Actes authentiques font-ils foi contre les parties*, 368
§. III. *De quelles choſes les Actes authentiques font-ils foi contre les parties*, 369
§. IV. *De quelles choſes les Actes font-ils foi contre les tiers*, ibid.
ART. II. *Des Ecritures privées*, 371
§. I. *Des Actes ſous ſignatures privées ordinaires*, ibid.
§. II. *Des Ecritures privées tirées des Archives publiques*, 373
§. III. *Des papiers Terriers & Cenſiers*, 374
§. IV. *Des livres des Marchands*, ibid.
§. V. *Des papiers domeſtiques des particuliers*, 376
§. VI. *Des Ecritures non ſignées des particuliers*, 377
§. VII. *Des Tailles*, 379
ART. III. *Des Copies*, 380
§. I. *Des Copies faites par l'autorité du Juge, partie préſente ou duement appellée*, ibid.
§. II. *Des Copies faites en préſence des parties, mais ſans l'autorité du Juge*, 381
§. III. *Des Copies faites ſans préſence des parties, & ſans qu'elles aient été appellées par autorité de Juſtice*, 382
§. IV. *Du Régiſtre des Inſinuations*, 383
§. V. *Des Copies tout-à-fait informes qui ne ſont pas tirées par une perſonne publique*, 384
§. VI. *Des Copies des Copies*, 384
ART. IV. *Des Quittances*, 386

CHAPITRE II.

De la preuve vocale ou teſtimoniale, 389
ART. I. *Principes généraux ſur les cas auxquels cette preuve eſt admiſe*, ibid.
ART. II. *Premier Principe. Celui qui a pu ſe procurer une preuve par écrit, n'eſt pas admis à la preuve teſtimoniale, pour les choſes qui excedent cent livres*, 390
ART. III. *Second Principe. Que la preuve teſtimoniale n'eſt point admiſe contre un écrit, ni outre ce qui y eſt contenu*, 393
ART. IV. *Du commencement de preuve par écrit*, 395
ART. V. *Troiſieme Principe. Celui qui n'a pas pu ſe procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve teſtimoniale*, 398
ART. VI. *Quatrieme Principe. Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale, doit etre admis à la preuve teſtimoniale*, 400
ART. VII. *Comment ſe fait la preuve teſtimoniale*, ibid.
ART. VIII. *De la qualité des témoins, & des reproches qu'on peut propoſer contre leurs perſonnes*, 403
Du défaut de raiſon, ibid.
Du défaut de bonne-fame, ibid.
Du ſoupçon de partialité, 404
Du ſoupçon de ſubornation, 407

CHAPITRE III.

De la Confeſſion, des Préſomptions, & du Serment., 407
SEC. I. *De la Confeſſion*, ibid.
§. I. *De la Confeſſion judiciaire*, ibid.
§. II. *De la Confeſſion extrajudiciaire*, 409

SEC. II. *Des Préſomptions*, 411
§. I. *Des Préſomptions* juris & de jure, 412
§. II. *Des Préſomptions de Droit*, 413
§. III. *Des Préſomptions qui ne ſont pas établies par une Loi*, 415
SEC. III. *De l'autorité de la choſe jugée*, 416
ART. I. *Quels ſont les jugemens qui ont l'autorité de choſe jugée.* ibid.
§. I. *Premier Cas. Des jugemens rendus en dernier reſſort, & de ceux dont il n'y a pas d'appel*, 417
§. II. *Second Cas. Des jugemens dont l'appel n'eſt plus recevable*, 421
§. III. *Troiſieme Cas. Des jugemens dont l'appel a été déclaré péri*, 423
ART. II. *Des jugemens qui ſont nuls, & qui ne peuvent en conſéquence avoir l'autorité de choſe jugée*, 424
§. I. *Des jugemens qui ſont nuls par rapport à celui qui y eſt contenu*, 425
§. II. *Des nullités des jugemens qui ſe tirent des parties entre leſquelles ils ont été rendus*, 427
§. III. *Des jugemens qui ſont nuls de la part des Juges qui les ont rendus, ou par l'inobſervation des formalités judiciaires*, 429
ART. III. *Quelle eſt l'autorité de la choſe jugée*, 430
ART. IV. *A l'égard de quelles choſes a lieu l'autorité de la* choſe jugée, 431
§. I. *De ce qui eſt requis en premier lieu*, ut ſit eadem res, ibid.
§. II. *De ce qui eſt requis en ſecond lieu*, ut ſit eadem cauſa petendi, 433
§. III. *De la troiſieme choſe requiſe* ut ſit eadem conditio perſonarum, 435
§. IV. *Qu'il n'importe que ce ſoit* eodem an diverſo genere judicii, 436
ART. V. *Entre quelles perſonnes a lieu l'autorité de la choſe jugée*, ibid.
SEC. IV. *Du Serment*, 442
ART. I. *Du ſerment déciſoire*, ibid.
§. I. *Sur quelles choſes peut-on déférer le ſerment déciſoire*, ibid.
§. II. *En quel cas peut-on déférer le ſerment déciſoire*, 443
§. III. *Des perſonnes qui peuvent & à qui on peut déférer le ſerment*, 445
§. IV. *De l'effet du ſerment déféré, référé, fait ou refuſé*, 446
ART. II. *Du ſerment de celui qui eſt interrogé ſur faits & articles*, 450
ART. III. *Du ſerment appellé* juramentum judiciale, ibid.
§. I. *Du ſerment que le Juge défere pour la déciſion de la cauſe*, 451
§. II. *Du ſerment appellé* juramentum in litem, 453
OBSERVATION GÉNÉRALE *ſur le précedent Traité, & ſur les ſuivans*, 455

TABLE DES CHAPITRES,

Articles, Sections & Paragraphes contenus dans le Traité du Contrat de Vente.

PREMIERE PARTIE.

DE la nature du Contrat de Vente, & de ce qui en conſtitue la ſubſtance, 463
SEC. I. *De la nature du contrat de vente*, ibid.
SEC. II. *De ce qui conſtitue la ſubſtance du contrat de vente*, ibid.
ART. I. *De la choſe vendue*, ibid.
ART. II. *Du prix*, 468
§. I. *De la premiere qualité du prix*, ibid.
§. II. *Seconde qualité du prix*, 469
§. III. *De la troiſieme qualité du prix*, 471
ART. III. *Du conſentement des parties contractantes*, 472
§. I. *De quelles manieres le conſentement des parties contractantes doit-il intervenir dans le contrat de vente*, ibid.
§. II. *Sur quelles choſes doit intervenir le conſentement.* 474

SECONDE PARTIE.

DES engagemens des vendeurs, & des actions qui en naiſſent, 477

CHAPITRE PREMIER.

Des engagemens du vendeur qui naiſſent de la nature du contrat de vente, ibid.
SEC. I. *De l'obligation de livrer la choſe, & de veiller à ſa conſervation juſqu'à la livraiſon*, ibid.
ART. I. *Que comprend l'obligation de livrer la choſe*, ibid.
ART. II. *Du temps & du lieu de la livraiſon*, 479
§. I. *Du temps*, ibid.
§. II. *Du lieu*, 480
ART. III. *De l'obligation de conſerver la choſe juſqu'à la livraiſon*, ibid.
ART. IV. *Quand l'extinction ou la perte de la poſſeſſion de la choſe vendue fait-elle ceſſer l'obligation de la livrer*, 481
§. I. *De la perte ou extinction de la choſe*, ibid.
§. II. *Du cas auquel la choſe vendue a été miſe hors du commerce*, 482
§. III. *Du cas auquel le vendeur a perdu depuis le contrat la poſſeſſion de la choſe vendue*, ibid.
ART. V. *De l'action qui naît de l'obligation de livrer la choſe, & des dommages & intérêts auxquels le vendeur doit être*

condamné en cas d'inexécution de cette obligation, 483
§. I. *De la nature de l'action* ex empto, ibid.
§. II. *A quoi eſt tenu l'acheteur pour être reçu à l'action* ex empto, ibid.
§. III. *Si l'acheteur peut par cette action faire enlever par force la choſe vendue*, 485
§. IV. *En quoi ſe réſout l'action* ex empto, *à défaut de tradition*, 487
§. V. *De quelles eſpeces de dommages & intérêts le vendeur eſt-il tenu à défaut de tradition*, 490
§. VI. *Des dommages & intérêts qui peuvent être prétendus contre le vendeur pour le retard apporté dans la tradition*, 491
SEC. II. *De l'obligation de garantir l'acheteur des évictions*, 493
ART. I. *Ce que c'eſt qu'éviction*, ibid.
ART. II. *Quelles évictions donnent lieu à la garantie*, 494
§. I. *Premiere maxime*, ibid.
Seconde maxime, 496
Troiſieme maxime, 497
Quatrieme maxime, ibid.
ART. III. *A qui faut-il que la choſe ait été évincée*, 498
ART. IV. *Quelle choſe doit être évincée pour qu'il y ait lieu à la garantie*, 500
ART. V. *De l'action qui naît de l'obligation de garantie*, 501
§. I. *Ce que c'eſt que l'action de garantie, & ce qui y donne lieu ; quel eſt l'objet primitif, & quel eſt l'objet ſecondaire de cette action, & comment chacun des héritiers du vendeur en eſt-il tenu*, ibid.
§. II. *Quand l'action de garantie peut-elle s'intenter*, 503
§. III. *Contre qui ſe donne l'action de garantie*, 504
§. IV. *De la priſe de fait & cauſe, & du refus de le prendre*, 505
§. V. *Regles générales ſur ce en quoi le vendeur qui ſuccombe ſur l'action de garantie, doit être condamné*, 506
Premier objet de condamnation, 506
Second objet de condamnation, 508
Troiſieme objet, 510
Quatrieme objet, ibid.
§. VI. *En quoi doit être condamné le vendeur en cas d'éviction d'une portion de la choſe vendue qui en eſt provenue, ou qui en reſte*, 514
§. VII. *En quoi doit être condamné le vendeur lorſque c'eſt un ſecond acheteur qui eſt évincé*, 516
§. VIII. *De l'effet qu'ont par rapport à l'action de garantie, les clauſes d'un contrat de vente, par leſquelles le vendeur s'obligeroit de rendre en cas d'éviction à l'acheteur le prix avec une certaine portion du prix en ſus*, 517
§. IX. *Pluſieurs eſpeces particulieres, qui donnent lieu à des queſtions ſur l'action de garantie*, 518
Premiere eſpece, ibid.
Seconde eſpece, 520
Troiſieme eſpece, 522
Quatrieme eſpece, ibid.
Cinquieme eſpece, 524
Sixieme eſpece, 525
ART. VI. *Des exceptions de garantie qui naiſſent de l'obligation de garantie*, 526
ART. VII. *Des cas auxquels l'obligation de garantie n'a pas lieu, au moins quant à l'objet des dommages & intérêts que l'héritier a ſoufferts de l'éviction au-delà du prix qu'il a payé*, 533
§. I. *Premiere eſpece*, ibid.
De la dérogation à la garantie, ibid.
§. II. *Seconde eſpece de cas*, 535
§. III. *Troiſieme eſpece de cas*, 537
SEC. III. *De la garantie des charges réelles de la choſe vendue*, 538
§. I. *Quelles ſont les charges qu'il n'eſt pas néceſſaire de déclarer ?* ibid.
§. II. *De l'effet de la garantie des charges réelles*, 540
SEC. IV. *De la garantie des vices redhibitoires*, 541

ART. I. *A l'égard de quelles choſes le vendeur eſt-il tenu de cette garantie*, 541
ART. II. *Quels vices donnent lieu à la garantie, & en quel cas ?* 542
§. I. *Premiere condition*, ibid.
§. II. *Seconde condition*, 543
§. III. *Troiſieme condition*, ibid.
§. IV. *Quatrieme condition*, 544
ART. III. *A quoi s'étend l'obligation de la garantie des vices rédhibitoires*, ibid.
ART. IV. *De l'action rédhibitoire*, 546
§. I. *De ce que l'acheteur eſt en droit de demander par cette action*, ibid.
§. II. *De ce que l'acheteur doit offrir pour être reçu à cette action*, 547
§. III. *Différence entre l'acheteur & le vendeur, par rapport à l'action rédhibitoire*, 548
§. IV. *Le vice rédhibitoire de l'une de pluſieurs choſes compriſes dans un marché, donne-t-il lieu à la réſolution du marché pour le tout, ou ſeulement pour cette choſe ?* ibid.
§. V. *Des fins de non-recevoir contre l'action rédhibitoire*, 549
ART. V. *De l'action* quanto minoris, 550

CHAPITRE II.

DES engagemens du vendeur, qui réſultent de la bonne foi, ibid.
ART. I. *Si la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conſcience, à n'uſer, non-ſeulement d'aucun menſonge, mais même d'aucune réticence ſur tout ce qui concerne la choſe vendue ; & à quoi la réticence l'oblige*, 551
ART. II. *Quelle réticence oblige dans le for extérieur ; & à quoi*, 552
ART. III. *Si la bonne foi oblige le vendeur au moins dans le for de la conſcience, à ne rien diſſimuler des circonſtances extrinſeques que l'acheteur a intérêt de ſçavoir*, 554
ART. IV. *Si le vendeur peut, dans le for de la conſcience, vendre quelquefois au-delà du juſte prix*, 556
§. I. *Regle générale, & quel eſt le juſte prix*, ibid.
§. II. *Deux cas auxquels on peut vendre au-delà du juſte prix*, 557
§. III. *Peut-on vendre au-delà du juſte prix ce qu'on vend à crédit ?* 559
§. IV. *Si dans le for extérieur l'acheteur peut quelquefois ſe plaindre de l'excès du prix*, 560

CHAPITRE III.

DES obligations du vendeur, réſultantes des clauſes particulieres du contrat, ibid.
ART. I. *De la quantité de la choſe vendue*, 561
ART. II. *De la qualité de la choſe vendue*, 563
ART. III. *De la clauſe par laquelle une choſe eſt vendue à l'eſſai*, 564
ART. IV. *De la clauſe par laquelle le vendeur s'oblige à faire emploi du prix*, 565

CHAPITRE IV.

DES engagemens que contracte le vendeur qui a vendu la choſe d'autrui, envers le propriétaire de cette choſe, 566

TROISIEME PARTIE.

DES engagemens de l'acheteur, 570
SEC. I. *Des engagemens de l'acheteur, qui naiſſent de la nature du contrat*, ibid.
§. I. *De l'obligation de payer le prix*, ibid.
§. II. *Des intérêts du prix*, 571
§. III. *Des autres obligations de l'acheteur qui naiſſent de la nature du contrat*, 573
SEC. II. *Des obligations de l'acheteur qui naiſſent de la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente*, 574

ART. I. *En quoi consiſte le dol qu'un acheteur peut commettre ; & à quoi l'oblige-t-il.* 574
ART. II. *De l'obligation d'acheter à un prix qui ne ſoit pas au-deſſous du juſte prix,* 576
ART. *En quel cas la vilité du prix eſt-elle conſidérée dans le for extérieur,* 577
SEC. III. *Des obligations de l'acheteur, qui naiſſent des clauſes particulieres du contrat de vente,* 578

QUATRIEME PARTIE.

Aux riſques de qui eſt la choſe vendue, pendant le temps intermediaire, entre le contrat & la tradition, 579

CINQUIEME PARTIE.

De l'exécution & de la réſolution du contrat de vente, 584

CHAPITRE PREMIER.

De l'exécution du contrat de vente, & particuliérement de la tradition ou délivrance de la choſe vendue, ibid.
ART. I. *Des différentes eſpeces de tradition,* ibid.
ART. II. *De l'effet de la tradition,* 586

CHAPITRE II.

De la réſolution du contrat de vente, 590
SEC. I. *De la réſolution du contrat par le conſentement mutuel des contractans,* ibid.
SEC. II. *De la réſolution du contrat qui ſe fait pour cauſe de léſion énorme dans le prix,* 592
ART. I. *De l'action reſciſoire du vendeur en cas de leſion énorme,* ibid.
§. I. *De la nature de l'action reſciſoire du vendeur, pour cauſe de léſion,* 593
§. I. *En quel cas y a-t-il lieu à cette reſciſion.* 596
§. III. *Comment & par qui cette action peut-elle être intentée.* 603
§. IV. *De l'effet de l'action reſciſoire, & des preſtations reſpectives dont le vendeur & l'acheteur ſont tenus l'un envers l'autre ſur cette action,* ibid.
ART. II. *De l'action reſciſoire de l'acheteur,* 608
§. I. *De la nature de cette action,* 609
§. II. *Pour quelles choſes & dans quel cas cette action reſciſoire a-t-elle lieu.* 610
§. III. *Des preſtations réciproques du vendeur & de l'acheteur dans cette action,* 611
SEC. III. *De la réſolution de la vente qui ſe fait en vertu de la clauſe de réméré,* 612
§. I. *Si la clauſe de réméré eſt valable dans le contrat de vente d'un héritage, lorſque l'acheteur eſt mineur,* 613
§. II. *De la nature du droit de réméré,* 614
§. III. *De la nature de l'action de réméré,* 615
§. IV. *Quand le réméré peut-il être exercé, & contre qui.* 617
§. V. *Des preſtations réciproques auxquelles ſont tenus, en cas de reméré, l'acheteur & le vendeur,* 618
§. VI. *De l'effet de réméré,* 627
§. VII. *Comment s'éteint le droit de réméré,* 628
SEC. IV. *De la clauſe de réſolution du contrat de vente, ſi le vendeur trouve dans un certain temps une condition plus avantageuſe,* 632

§. I. *Quand y a-t-il lieu à la réſolution du contrat en vertu de cette clauſe.* 632
§. II. *De l'action qui naît de cette clauſe,* ibid.
Sec. V. *De la réſolution du contrat de vente, en vertu du pact commiſſoire,* ibid.
§. I. *Différence du Droit Romain, & de notre Droit ſur le pact commiſſoire,* 636
§. II. *En faveur de qui eſt cenſé ſe faire le pact commiſſoire, & quel en eſt l'effet,* ibid.
§. III. *De l'action qui naît du pact commiſſoire,* 637
§. IV. *De quelques eſpeces particulieres de pacts commiſſoires,* 639
Premiere eſpece, ibid.
Seconde eſpece, ibid.
Troiſieme eſpece, ibid.
Sec. VI. *Si la demeure en laquelle eſt l'une des parties contractantes, d'exécuter ſes obligations, ſuffit ſeule pour donner à l'autre le droit de demander la réſolution du contrat,* 640

SIXIEME PARTIE.

Des promeſſes de vendre & d'acheter; des arrhes; & de pluſieurs eſpeces particulieres de ventes, 642

CHAPITRE PREMIER.

Des promeſſes de vendre; des promeſſes d'acheter, & des arrhes, ibid.
Art. I. *Des promeſſes de vendre,* ibid.
§. I. *Ce que c'eſt qu'une promeſſe de vendre, & quand quelqu'un eſt-il cenſé l'avoir contractée.* ibid.
§. II. *Différences du contrat de vente, & de la ſimple promeſſe de vendre,* 643
§. III. *Queſtion ſur l'effet de la promeſſe de vendre,* ibid.
§. IV. *Des différentes manieres dont ſe font les promeſſes de vendre,* 644
Art. II. *Des promeſſes d'acheter,* 646
Art. III. *Des arrhes,* 648
§. I. *Des arrhes qui ſe donnent avant le marché conclu,* ibid.
§. II. *Des arrhes qui ſe donnent après le marché conclu,* 649

CHAPITRE II.

Des ventes forcées; des Licitations & des ventes en juſtice, 652
§. I. *Des ventes forcées,* ibid.
§. II. *Des licitations,* 654
§. III. *Des ventes en juſtice,* ibid.

CHAPITRE III.

De la vente des droits ſucceſſifs & autres droits attachés à la perſonne du vendeur, 657
§. I. *Quelle hérédité peut-on vendre,* ibid.
§. II. *Que comprend la vente d'une hérédité.* 658
§. III. *Quels ſont les engagemens du vendeur.* 659
§. IV. *Quels ſont les engagemens de l'acheteur.* 662
§. V. *Si depuis la ceſſion qu'un héritier pour partie a faite à quelqu'un de ſes droits ſucceſſifs, ſon cohéritier renonce à la ſucceſſion, la part de ce renonçant accroit-elle pour le profit comme pour les charges, au cédant ou au ceſſionnaire.* 664
Art. II. *De la vente d'un droit d'uſufruit, & autres droits attachés à la perſonne du vendeur,* 667
§. I. *De la vente du droit d'uſufruit par le propriétaire de la choſe,* ibid.
§. II. *De la vente de l'uſufruit faite par l'uſufruitier au propriétaire,* 668
§. III. *De la vente de l'uſufruit faite par l'uſufruitier à un tiers,* ibid.

CHAPITRE IV.

De la vente des rentes & autres créances, 669
ART. I. *Comment une rente, ou autre créance perſonnelle, peut-elle ſe tranſporter. Et de la différence de ce tranſport, avec celui de ſimple délégation ou indication*, ibid.
ART. II. *De l'effet du tranſport & de la ſignification qui en doit être faite*, 670
ART. III. *En quoi conſiſte l'obligation du vendeur qui a tranſporté une rente ou une autre créance*, 671
§. I. *Différentes eſpeces de garantie*, ibid.
§. II. *De la garantie de fait ſimplement dite*, 672
§. III. *De la garantie réſultante de la clauſe de fournir & faire valoir*, ibid.
ART. IV. *De la garantie qui réſulte de la clauſe de fournir & faire valoir après ſimple commandement*, 675
ART. V. *Des obligations qui naiſſent de la bonne foi dans le contrat de vente d'une rente ou autre créance*, ibid.
ART. VI. *Si l'on peut acheter la créance d'une certaine ſomme pour un moindre prix, ou une rente pour un prix moindre que ſon principal*, 676
§. I. *Si l'on peut acheter une créance pour une moindre prix que la ſomme due*, ibid.
§. II. *Si l'on peut acheter licitement une rente pour un moindre prix que ſon principal*, 679
ART. V. *De la nature des créances litigieuſes, & autres droits litigieux*, 682
§. I. *De la nature de ce contrat, & des obligations de ce contrat*, ibid.
§. II. *De l'effet de la ceſſion des droits litigieux, contre le débiteur*, 684

SEPTIEME PARTIE.

Des actes & contrats reſſemblans au contrat de vente, 689
ART. I. *De la donation en paiement*, ibid.
ART. II. *De la donation remunératoire*, 691
ART. III. *Des donations onéreuſes*, 692
ART. IV. *Des donations à rente viagere*, 693
ART. V. *Du contrat d'échange, & des actes qui y ont rapport*, 694
ART. VI. *Des partages*, 698
ART. VII. *Des licitations entre cohéritiers ou copropriétaires*, 703
ART. VIII. *Des tranſactions qui ont quelque rapport au contrat de vent*, 705

TABLE DES CHAPITRES,

Articles, Sections & Paragraphes contenus dans le Traité des Retraits.

PREMIERE PARTIE.

Du Retrait lignager, 707

CHAPITRE PREMIER.

Des loix qui ont établi le droit de retrait lignager ; de la nature de ce droit, & de l'attention des loix à ce qu'il n'y ſoit donné aucune atteinte, 708
§. I. *Des loix qui ont établi le droit de retrait*, ibid.
§. II. *De la nature du droit de retrait lignager, & qu'il n'eſt pas permis d'y donner atteinte*, 709

CHAPITRE II.

De la nature de l'action de retrait lignager, 713

CHAPITRE III.

Des choſes qui ſont ſujettes au retrait lignager, 716
ART. I. *Quelles ſont les choſes qui ſont reputées ou non héritages à l'effet d'être ſujettes au retrait*, ibid.
ART. II. *Quelle qualité doivent avoir les héritages pour être ſujets au retrait lignager*, 722
ART. III. *Si les choſes qui par elles-mêmes ne ſont pas ſujettes au retrait, y deviennent ſujettes, lorſqu'elles ſont vendues par un même marché avec un héritage qui y eſt vendu*, 728

CHAPITRE IV.

Des contrats & actes qui donnent ouverture au retrait lignager ; & de quand, 730
ART. I. *Du contrat de vente*, ibid.
ART. II. *Quels ſont les contrats qui ſont équipollens à vente*, 732
§. I. *Du contrat à rente viagere*, ibid.
§. II. *De l'échange contre des choſes mobiliaires*, ibid.
§. III. *De la dation en paiement*, 733
§. IV. *Des donations rémunératoires ou onéreuſes*, ibid.
§. V. *Du bail à rente rachetable*, 734
ART. III. *Des contrats & actes qui ne ſont pas équipollens à vente, ni par conſéquent ſujets à retrait*, 735
§. I. *De l'échange contre un autre immeuble*, ibid.
§. II. *Du bail à rente non-rachetable*, 743
§. III. *Du contrat de ſociété, & de l'ameubliſſement*, 744
§. IV. *De la donation*, ibid.
§. V. *De la tranſaction*, 746
§. VI. *De la licitation entre les copropriétaires*, ibid.

§. VII. *Des actes qui contiennent la résolution d'une vente, plutôt qu'une vente*, 748
§. VIII. *Des ventes nulles, & des ventes simulées*, 750
ART. IV. *De quand les contrats qui sont sujets au retrait, y donnent-ils ouverture*, 751

CHAPITRE V.

A qui le retrait lignager est-il accordé; par qui, & sur qui peut-il être exercé, 753
ART. I. *A qui le retrait est-il accordé*, ibid.
§. I. *Qui est réputé le vendeur à la famille duquel le retrait lignager est accordé*, ibid.
§. II. *Quelle est la famille du vendeur à qui le droit de retrait lignager est accordé*, 756
ART. II. *Par qui le retrait peut-il être exercé*, 758
§. I. *Quelles sont les personnes qui peuvent être admises ou non au retrait lignager, & quelles causes peuvent ou non les en exclure*, ibid.
§. II. *De la préférence entre plusieurs lignagers en différens degrés, qui veulent exercer le retrait*, 766
§. III. *De la préférence & concurrence entre plusieurs parens au même degré*, 769
ART. III. *Sur qui le retrait peut-il ou ne peut-il pas être exercé*, 771

CHAPITRE VI.

Comment le retrait peut-il s'exercer; & s'il peut s'exercer pour partie de ce qui est contenu au contrat, 775

CHAPITRE VII.

DANS quel temps doit s'exercer le retrait lignager, 782
ART. I. *Quel est le temps réglé par les Coutumes dans lequel le retrait doit être exercé*, ibid.
ART. II. *De quand commence à courir le temps réglé pour exercer le retrait*, 783
§. I. *De ce qui est requis par les différentes Coutumes & par l'Edit des Insinuations, pour faire courir le temps du retrait*, 784
§. II. *Des autres causes qui empêchent ou n'empêchent pas le temps du retrait de courir*, 787
ART. III. *Quand le lignager est-il censé exercer le retrait dans le temps prescrit*, 790
ART. IV. *De la nature & de l'effet de la prescription contre le retrait*, 791
ART. V. *S'il y a un temps particulier pour la péremption des instances en retrait, & de l'appel des sentences de débouté de retrait*, 793

CHAPITRE VIII.

DE la forme en laquelle s'exerce le retrait, 794

CHAPITRE IX.

DES obligations du retrayant, 800
ART. I. *Du prix* 801
§. I. *Quel est ce prix*, ibid.
§. II. *De la décharge du prix qui est encore dû*, 805
ART. II. *Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente*, 807
ART. III. *Du remboursement des loyaux-coûts*, 809
ART. IV. *Des impenses*, 814
ART. V. *De ce qui doit être remboursé, lorsque le retrait s'exerce sur un tiers*, 818
ART. VI. *Dans quel temps le retrayant doit-il rembourser l'acquéreur*, 820
§. I. *Dans quel temps doit se faire le remboursement des loyaux-coûts & mises*, 825
ART. VII. *Des offres & de la consignation que le retrayant est obligé de faire, en cas de refus par l'acquéreur de recevoir, ou lorsqu'il n'est pas trouvé chez lui*, 826

CHAPITRE X.

Des obligations de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou ſur qui il a été adjugé, 832
§. I. *Du délai de l'héritage*, ibid.
§. II. *Des fruits*, 833
§. III. *Du tréſor trouvé dans l'héritage*, 839
§. IV. *Des dégradations*, 840

CHAPITRE XI.

De l'effet du retrait lignager, 841
ART. I. *Principes généraux ſur l'effet de retrait lignager*, 842
ART. II. *De l'extinction des hypotheques & autres charges réelles, impoſées par l'acheteur ſur l'héritage qui lui eſt retiré*, 846
ART. III. *Si le retrayant eſt tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits par le vendeur ou l'acheteur*, 848
ART. IV. *Des droits retenus dans l'héritage ou par rapport à l'héritage que le vendeur peut exercer contre le retrayant*, 849
ART. V. *Des profits dus par la vente ſur laquelle on a exercé le retrait*, 851
ART. IV. *De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager, ſoit par rapport à la communauté conjugale du retrayant, ſoit par rapport à ſa ſucceſſion, ou à celle de ſes héritiers*, 853
§. I. *De la qualité que l'héritage a par rapport à la communauté conjugale*, ibid.
§. II. *De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager dans la ſucceſſion du retrayant*, 855
§. III. *De la qualité de l'heritage retiré par retrait lignager, dans les ſucceſſions des héritiers du retrayant*, 860

CHAPITRE XII.

Comment s'éteint le droit de retrait lignager; des fins de non-recevoir, & des exceptions qui peuvent être oppoſées contre ce droit, 660
§. I. *Du retour à la famille*, 861
§. II. *De l'extinction de l'héritage*, ibid.
§. III. *De la preſcription annale ou trentenaire*, 862
§. IV. *Le procès intenté à l'acquéreur ſur la propriété de l'héritage, lui donne-t-il une exception contre le demandeur en retrait lignager*, 864

CHAPITRE XIII.

Du retrait de mi-denier, 865
§. I. *Qu'eſt-ce qui donne ouverture au retrait de mi-denier; & quand*, ibid.
§. II. *Que retire-t-on par le retrait de mi-denier*, 869
§. III. *A qui le retrait de mi-denier eſt-il accordé*, 871
§. IV. *Sur qui le retrait de mi-denier a-t-il lieu*, 372
§. V. *Dans quel temps s'exerce le retrait de mi-denier*, 873
§. VI. *Comment s'exerce le retrait de mi-denier*, 874
§. VII. *Des obligations des retrayans*, 876
§. VIII. *De l'effet du retrait de mi-denier*, ibid.
§. IX. *Des manieret dont s'éteint le retrait de mi-denier*. 879

APPENDICE A LA PREMIERE PARTIE.

De l'action en répétition de retrait, ibid.
§. I. *Ce que c'eſt que l'action en répétition de retrait; & en quel cas elle a lieu*, 880

SECONDE PARTIE.

Du droit de retrait conventionnel, & du droit de retrait ſeigneurial conféré avec le droit de retrait lignager, 882

SEC. I. *Convenances & différences ſur la nature des différens droits de retrait, & de la différence entr'eux*, 883

SEC. II. *Convenances & différences ſur la nature de l'action qui naît des différents droits du retrait*, 886

SEC. III. *Convenances & differences ſur les choſes ſujettes au droit de retrait*, 888

SEC. IV. *Convenances & différences ſur les contrats qui donnent ouverture au retrait*, 889

SEC. V. *De quand le contrat de vente donne-t-il ouverture au retrait féodal & au conventionnel*, 890

SEC. VI. *Des perſonnes à qui le droit de retrait ſeigneurial, & le droit de retrait conventionnel appartient*, 891

SEC. VII. *Par qui le retrait lignager & le retrait conventionnel peuvent-ils être exercés*, 893

SEC. VIII. *Des clauſes qui excluent du retrait conventionnel & du retrait ſeigneurial; convenances & différences, à cet égard, de ces retraits avec le retrait lignager*, 895

SEC. IX. *Sur qui peuvent s'exercer le retrait ſeigneurial & le conventionnel*, 896

SEC. X. *Comment doit s'exercer le retrait ſeigneurial ou le conventionnel; convenances & différences à cet égard de ces retraits avec le retrait lignager*, 897

SEC. XI. *Du temps dans lequel le retrait ſeigneurial & le conventionnel doivent être exercés*, ibid.

SEC. XII. *De la forme en laquelle s'exerce le retrait ſeigneurial & le conventionnel; leurs différences à cet égard avec le retrait lignager*, 899

SEC. XIII. *Des obligations du retrayant dans le retrait ſeigneurial & dans le conventionnel; convenances & différences à cet égard, entre ces retraits & le lignager*, 900

SEC. XIV. *Des obligations de l'acquéreur ſur qui le retrait ſeigneurial & conventionnel eſt exercé*, 901

SEC. XV. *De l'effet du retrait ſeigneurial & du conventionnel*, 903

SEC. XVI. *De la qualité qu'a l'héritage retiré par le retrait ſeigneurial ou conventionnel, ſoit dans la communauté conjugale du retrayant, ſoit dans ſa ſucceſſion: différence à cet égard entre ces retraits, & le lignager*, ibid.

SEC. XVII. *Convenances & différences des retraits ſeigneurial & conventionnel avec le lignager, ſur les manieres dont s'éteignent ces retraits*, 904

Fin de la Table du premier Volume.

APPROBATION.

J'AI lu, par ordre de Monſeigneur le Chancelier, *les Œuvres de M. POTHIER*, en quatre Volumes in-quarto, précédées de deux Eloges de l'Auteur, l'un en François, l'autre en Latin, & je n'y ai rien trouvé qui ne m'ait paru devoir en favoriſer l'impreſſion. A Paris ce 15 Avril 1773.

COQUELEY DE CHAUSSEPIERRE.

PRIVILEGE GÉNÉRAL.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A nos amés & feaux Conſeillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conſeil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans-Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra, SALUT. Notre amé le Sieur JEAN DEBURE, Pere, Libraire, nous a fait expoſer qu'il déſireroit faire imprimer & donner au Public, les *Œuvres de M. POTHIER, Conſeiller au Préſidial d'Orléans*, s'il nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce néceſſaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui ſemblera; & de le vendre, faire vendre & débiter par tout notre Royaume pendant le temps de ſix années conſécutives, à compter du jour de la date des Préſentes. Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires & autres perſonnes de quelque qualite & condition qu'elles ſoient, d'en introduire d'impreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance; comme auſſi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucuns extraits, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui; à peine de confiſcation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant, ou à celui qui aura droit de lui; à peine de tous dépens, dommages & intérêts, à la charge que ces préſentes ſeront enrégiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris, & ce dans trois mois de la date d'icelles; que l'impreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en beau papier & beaux caracteres, conformément aux Réglemens de la Librairie, & notamment celui du 10 Avril 1725, à peine de déchéance du préſent Privilege; qu'avant de l'expoſer en vente, le manuſcrit qui aura ſervi de copie à l'impreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chancelier garde des Sceaux de France le ſieur de MAUPEOU; qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothéque publique, un dans notre Château du Louvre, & un dans celle dudit Sieur de MAUPEOU, le tout à peine de nullité des Préſentes : du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant & ſes ayans cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie deſdites Préſentes, qui ſera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenue pour duement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers-Sécrétaires, foi ſoit ajoutée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant clameur de Haro, Charte Normande & Lettres à ce contraires : Car tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris le dix-neuvieme jour du mois de Décembre, l'an de grace mil ſept cent ſoixante-dix, & de notre Regne le cinquante-ſixieme. Par le Roi en ſon Conſeil.

LE BEGUE.

Je ſouſſigné reconnois que Madame la Veuve ROUZEAU, Libraire & Imprimeur à Orléans, a part au préſent Privilege pour moitié, que je lui ai cédé, ſuivant l'accord fait entre nous. A Paris ce 23 Décembre 1770. JEAN DEBURE Pere.

Régiſtré le préſent Privilége, enſemble la Reconnoiſſance, ſur le Regiſtre XVIII de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 1412, fol. 405, *conformément au Réglement de* 1723. *A Paris ce* 29 *Décembre* 1770.

J. HÉRISSANT, *Syndic.*

TRAITÉ I

DES OBLIGATIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. LE terme d'*Obligation* a deux ſignifications.

Dans une ſignification étendue, *lato ſenſu*, il eſt ſynonyme au terme de *devoir*, & il comprend les Obligations *imparfaites*, auſſi-bien que les Obligations *parfaites*.

On appelle Obligations *imparfaites*, les Obligations dont nous ne ſommes comptables qu'à Dieu, & qui ne donnent aucun droit à perſonne pour en exiger l'accompliſſement : tels ſont les devoirs de charité, de reconnoiſſance ; tel eſt, par exemple, l'obligation de faire l'aumône de ſon ſuperflu ; cette obligation eſt une véritable obligation, & un riche peche très-griévement, lorſqu'il manque à l'accomplir. Mais c'eſt une obligation imparfaite, parce qu'il n'en eſt comptable qu'à Dieu ſeul : lorſqu'il s'acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il fait l'aumône, ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. Il en eſt de méme des devoirs de la reconnoiſſance : celui qui a reçu quelque bienfait ſignalé, eſt obligé de rendre à ſon bienfaiteur tous les ſervices dont il eſt capable, lorſqu'il en trouve l'occaſion ; il peche & il ſe déshonore quand il y manque ; mais ſon bienfaiteur n'a aucun droit d'exiger de lui ſes ſervices ; & lorſqu'il les lui rend, ce bienfaiteur reçoit de lui, à ſon tour, un véritable bienfait. Si mon bienfaiteur avoit droit d'exiger de moi que je lui rendiſſe dans la méme occaſion les mémes ſervices qu'il m'a rendus, ce ne ſeroit plus un bien-

fait qu'il m'auroit fait, mais un vrai commerce; & les ſervices que je lui rendrois, ne ſeroient plus de ma part *reconnoiſſance*, la reconnoiſſance étant eſſentiellement volontaire.

Le terme d'*Obligation* dans un ſens plus propre & moins étendu, ne comprend que les Obligations parfaites, qu'on appelle auſſi *engagemens perſonnels*, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés, le droit d'en exiger de nous l'accompliſſement; & c'eſt de ces ſortes d'Obligations dont il s'agit dans ce Traité.

Les Juriſconſultes définiſſent ces Obligations ou Engagemens perſonnels, un lien de droit qui nous aſtreint envers un autre à lui donner quelque choſe, ou à faire ou ne pas faire quelque choſe, *Vinculum juris quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ.* Inſtit. tit. de oblig. *Obligationum ſubſtantia conſiſtit ut alium nobis obſtringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.* L. 3, ff. de oblig.

Ces termes *vinculum juris* ne conviennent qu'à l'Obligation civile : l'Obligation purement naturelle, qui eſt *ſolius æquitatis vinculum*, eſt auſſi, quoique dans un ſens moins propre, une *Obligation parfaite ;* car elle donne, ſinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conſcience, à celui envers qui elle eſt contractée, le droit d'en exiger l'accompliſſement; au-lieu que l'Obligation imparfaite ne donne pas ce droit. Voyez *infrà*, *n.* 197.

Nous diviſerons ce Traité des Obligations en quatre Parties. Nous verrons dans la premiere ce qui appartient à l'eſſence des Obligations, & leurs effets.

Dans la ſeconde, les différentes diviſions & les différentes eſpeces d'Obligations.

Dans la troiſieme, les manieres dont s'éteignent les Obligations, & les fins de non-recevoir, ou preſcriptions contre le droit qui en réſulte.

Nous ajouterons une quatrieme Partie ſur la preuve, tant des Obligations, que de leur paiement.

PREMIERE PARTIE.

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations ; & de leurs effets.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations.

2. IL eſt de l'eſſence des Obligations, 1°. qu'il y ait une cauſe d'où naiſſe l'Obligation : 2°. des perſonnes entre leſquelles elle ſe contracte : 3°. quelque choſe qui en ſoit l'objet.

Les cauſes des Obligations ſont les contrats, les quaſi-contrats, les délits, les quaſi-délits ; quelquefois la loi ou l'équité ſeule.

Nous traiterons, 1°. des contrats qui ſont la cauſe la plus fréquente d'où naiſſent les Obligations.

2°. Des autres cauſes des Obligations.

3°. Des perſonnes entre qui elles ſe contractent.

4°. Des choſes qui en peuvent être l'objet.

SECTION PREMIERE.

Des Contrats.

Nous verrons, 1°. ce que c'eſt qu'un contrat ; en quoi il differe de la pollicitation, & quelles ſont les choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque contrat. 2°. Nous rapporterons les différentes diviſions des contrats. 3°. Nous traiterons des vices généraux qui peuvent ſe rencontrer dans les contrats. 4°. Des perſonnes qui peuvent, ou ne peuvent pas contracter. 5°. De ce qui peut être l'objet des contrats : nous ferons voir que ce ne peut être qu'une choſe qui concerne les parties contractantes, ſuivant la regle qu'on ne peut valablement ſtipuler ni promettre que pour ſoi ; regle que nous tâcherons d'expliquer & de développer. 6°. Nous traiterons des effets des contrats. 7°. Nous donnerons des regles pour l'interprétation des contrats. 8°. Nous parlerons du ſerment que les parties ajoutent quelquefois à leurs conventions.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'eſt qu'un Contrat ; en quoi il differe de la pollicitation ; & des choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque Contrat.

§. I.

Ce que c'eſt qu'un Contrat.

3. Un contrat eſt une eſpece de convention. Pour ſçavoir ce que c'eſt qu'un contrat, il eſt donc préalable de ſçavoir ce que c'eſt qu'une convention.

Une convention ou un pacte, (car ce ſont termes ſynonymes) eſt le conſentement de deux ou pluſieurs perſonnes, ou pour former entr'elles quelque engagement, ou pour en réſoudre un précédent, ou pour le modifier : *Duorum vel plurium in idem placitum conſenſus.* L. 1, §. 1, ff. *de pact.* Domat. p. 1, l. 1, t. 1.

L'eſpece de convention qui a pour objet de former quelque engagement, eſt celle qu'on appelle *Contrat.* Les principes du Droit Romain ſur les différentes eſpeces de pactes, & ſur la diſtinction des contrats & des ſimples pactes, n'étant pas fondés ſur le droit naturel, & étant très-éloignés de ſa ſimplicité, ne ſont pas admis dans notre Droit. Ceux qui ſeront curieux de les connoître, pourront conſulter le titre *de Pactis* dans notre Ouvrage ſur les Pandectes, où ils ſont détaillés.

Delà il ſuit que dans notre Droit on ne doit point définir le contrat, comme le définiſſent les interpretes du Droit Romain ; *Conventio nomen habens à jure civili, vel cauſam ;* mais qu'on le doit définir, une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou ſeulement l'une des deux, promettent & s'engagent envers l'autre à lui donner quelque choſe, ou à faire ou ne pas faire quelque choſe.

J'ai dit, *promettent & s'engagent ;* car il n'y a que les promeſſes que nous faiſons avec l'intention de nous engager, & d'accorder à celui à qui nous les faiſons, le droit d'en exiger l'accompliſſement, qui forment un contrat & une convention.

Il y a d'autres promeſſes que nous faiſons de bonne foi, & avec la volonté actuelle de les accomplir, mais ſans une intention d'accorder à celui à qui nous les faiſons, le droit d'en exiger l'accompliſſement ; ce qui arrive lorſque celui qui promet, déclare en même-temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou lorſque cela réſulte des circonſtances ou des qualités de celui qui promet, & de celui à qui la promeſſe eſt faite. Par exemple, lorſqu'un pere promet à ſon fils, qui étudie en Droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien ſon temps, il eſt évident que le pere, en faiſant cette promeſſe, n'entend pas contracter envers ſon fils, un engagement proprement dit.

Ces promeſſes produiſent bien une Obligation *imparfaite* de les accomplir, pourvu qu'il ne ſoit ſurvenu aucune cauſe, laquelle, ſi elle eût été prévue, eût empêché de faire la promeſſe ; mais elles ne forment pas d'engagement, ni par conſéquent de contrat.

§. II.

En quoi le Contrat differe-t-il de la Pollicitation.

4. La définition que nous avons donnée du contrat, fait connoître cette différence. Le contrat renferme le concours des volontés de deux perſonnes, dont l'une promet quelque choſe à l'autre, & l'autre accepte la promeſſe qui lui eſt faite. La pollicitation eſt la promeſſe qui n'eſt pas encore acceptée par celui à qui elle eſt faite : *Pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſum.* L. 3, ff. de Pollicitat.

La pollicitation, aux termes du pur Droit naturel, ne produit aucune Obligation proprement dite ; & celui qui a fait cette promeſſe peut s'en dedire, tant que cette promeſſe n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'Obligation, ſans un droit qu'acquiert la perſonne envers qui elle eſt contractée contre la perſonne obligée ; or, de même que je ne puis pas par ma ſeule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, ſi ſa volonté ne concourt pour l'acquérir : de même, je ne puis pas par ma promeſſe accorder à quelqu'un un droit contre ma perſonne, juſqu'à ce que ſa volonté concoure pour l'acquérir par l'acceptation qu'elle fera de ma promeſſe ; Grot. *de jure bel. & pac. L.* 2, *cap.* 11, ℣. 3.

Quoique la pollicitation ne ſoit pas obligatoire dans les purs termes du Droit naturel, néanmoins le Droit civil qui ajoute au Droit naturel, avoit rendu chez les Romains, obligatoires en deux cas les pollicitations qu'un citoyen faiſoit à ſa ville. 1°. Lorſqu'il avoit eu un juſte ſujet de les faire ; *putà*, en conſidération de quelque magiſtrature municipale qui lui avoit été déférée *ob honorem.* 2°. Lorſqu'il avoit commencé de les mettre à exécution ; *L.* 1, §. 1 *& 2, ff. d. t.*

On ne doit plus mettre en queſtion, s'il y a des pollicitations obligatoires dans notre Droit François : l'Ordonnance de 1731, *art.* 3, ayant déclaré qu'il n'y auroit plus que deux manieres de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, la donation entre-vifs & le teſtament, il s'enſuit qu'elle rejette la pollicitation.

§. III.

Des trois choſes qu'on doit diſtinguer dans chaque Contrat.

5. Cujas ne diſtinguoit dans les contrats, que les choſes qui ſont de l'eſſence du contrat, & celles qui lui ſont accidentelles. La diſtinction qu'ont faite pluſieurs Juriſconſultes du dix-ſeptieme ſiecle, eſt beaucoup plus exacte : ils diſtinguent trois différentes choſes dans chaque contrat ; celles qui ſont de l'eſſence du contrat ; celles qui ſont ſeulement de la nature du contrat ; & celles qui ſont purement accidentelles au contrat.

6. 1°. Les choſes qui ſont de l'eſſence du contrat, ſont celles ſans leſquelles ce contrat ne peut ſubſiſter, faute de l'une de ces choſes, ou il n'y a pas du tout de contrat, ou c'eſt une autre eſpece de contrat.

Par exemple, il eſt de l'eſſence du contrat de vente qu'il y ait une choſe qui ſoit vendue, & qu'il y ait un prix pour lequel elle ſoit vendue : c'eſt pour-

quoi, ſi je vous ai vendu une choſe que nous ignorions avoir ceſſé d'exiſter, il n'y aura pas de contrat; *L. 57, ff. de contr. empt.* ne pouvant pas y avoir de contrat de vente, ſans une choſe qui ait été vendue. Pareillement, ſi je vous ai vendu une choſe pour le prix qu'elle a été vendue à mon parent, de la ſucceſſion duquel elle m'eſt venue, & qu'il ſe trouve que cette choſe ne lui avoit pas été vendue, mais lui avoit été donnée, il n'y aura pas de contrat; parce qu'il n'y a pas un prix qui eſt de l'eſſence du contrat de vente.

Dans les exemples que nous venons de rapporter, le défaut de l'une des choſes qui ſont de l'eſſence du contrat, empêche qu'il n'y ait en tout de contrat. Quelquefois ce défaut change ſeulement l'eſpece du contrat.

Par exemple, étant de l'eſſence du contrat de vente qu'il y ait un prix qui conſiſte en une ſomme de deniers que l'acheteur paie, ou s'oblige de payer au vendeur; s'il eſt porté par un traité que j'ai fait avec vous, que je vous vendois mon cheval pour un certain livre que vous vous obligiez de me donner pour le prix dudit cheval, ce traité ne renfermera pas un contrat de vente, ne pouvant pas y avoir de contrat de vente ſans un prix qui conſiſte en une ſomme d'argent; mais le traité n'eſt pas pour cela nul, il contient une autre eſpece de contrat, ſçavoir un contrat d'échange.

Pareillement, étant de l'eſſence du Contrat de vente, non pas, à la vérité, que le vendeur s'oblige préciſément à transférer à l'acheteur la propriété de la choſe vendue, dans le cas auquel il n'en ſeroit pas le propriétaire, mais au moins qu'il ne la retienne pas, s'il en eſt le propriétaire; ſi nous ſommes convenus, que je vous vends un certain héritage pour une certaine ſomme & pour une certaine rente que vous vous obligez de me payer, duquel héritage je m'oblige de vous faire jouir, à la charge néanmoins que la propriété de l'héritage demeurera pardevers moi, cette convention ne renferme pas, à la vérité, un Contrat de vente, étant comme l'eſſence de ce Contrat que le vendeur retienne la propriété; mais il renferme un Contrat de bail: c'eſt ce que dit Labeo en la loi 80, §. 3, ff. *de contr. empt. Nemo poteſt videri rem vendidiſſe de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat; ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractûs.*

Pareillement, étant de l'eſſence des Contrats de prêt, de mandat, & de dépôt qu'ils ſoient gratuits, ſi je vous ai prêté une choſe, à la charge que vous me payerez une certaine ſomme pour l'uſage de cette choſe, ce ne ſera pas un Contrat de prêt; mais ce ſera une autre eſpece de Contrat; ſçavoir, un Contrat de louage. Par la même raiſon, ſi en acceptant la procuration que vous m'avez donnée, ou le dépôt d'une choſe que vous m'avez confiée, j'ai exigé de vous une certaine ſomme pour la récompenſe du ſoin que je donnerois à la garde du dépôt, ou à la geſtion de l'affaire que vous m'avez confiée, le Contrat ne ſera pas un Contrat de dépôt, ni un Contrat de mandat; mais ce ſera un Contrat de louage, par lequel je vous loue mes ſoins pour la geſtion de votre affaire, ou pour la garde de votre dépôt.

7. 2°. Les choſes qui ſont ſeulement de la nature du Contrat, ſont celles qui, ſans être de l'eſſence du Contrat, font partie du Contrat, quoique les parties contractantes ne s'en ſoient point expliquées, étant de la nature du Contrat que ces choſes y ſoient renfermées & ſous-entendues.

Ces choſes tiennent un milieu entre les choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat, & celles qui ſont accidentelles au Contrat; & elles different des unes & des autres.

Elles different des choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat, en ce que le Contrat peut ſubſiſter ſans elles, & qu'elles peuvent être excluſes du Contrat par la convention des parties; & elles different des choſes accidentelles au Contrat, en ce qu'elles ſont partie du contrat, ſans avoir été expreſſément convenues: c'eſt ce qui s'éclaircira par des exemples. Dans le Contrat de vente, l'obligation de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur, eſt de la nature du Contrat de vente: c'eſt pourquoi le vendeur contracte, en vendant, cette obligation envers l'acheteur, quoique les parties contractantes ne s'en ſoient pas expliquées, & qu'il n'en ſoit pas dit le moindre mot dans le Contrat; mais cette obligation étant de la nature, & non de l'eſſence du Contrat de vente, le Contrat de vente peut ſubſiſter ſans cette obligation; & ſi par le Contrat on eſt convenu que le vendeur ne ſera pas obligé à la garantie de la choſe vendue, la convention ſera valable, & ce Contrat ne laiſſera pas d'être un véritable Contrat de vente, quoique le vendeur ne ſoit pas obligé à la garantie.

C'eſt auſſi une choſe qui eſt de la nature du Contrat de vente, qu'auſſi-tôt que ce Contrat a reçu ſa perfection par le conſentement des parties, quoiqu'avant la tradition, la choſe vendue ſoit aux riſques de l'acheteur; & que ſi elle vient à périr, ſans la faute du vendeur, la perte en doive tomber ſur l'acheteur, qui ne ſera pas pour cela déchargé du prix: mais comme cela eſt de la nature ſeulement, & non de l'eſſence du Contrat de vente, on peut, en contractant, convenir du contraire.

Il eſt de la nature du Contrat de prêt à uſage, que l'emprunteur ſoit tenu de la faute la plus légere, à l'égard de la choſe qui lui a été prêtée. Il contracte cette obligation envers le préteur par la nature même du Contrat, & ſans que les parties s'en ſoient expliquées en contractant: mais comme cette obligation eſt de la nature, & non de l'eſſence du Contrat du prêt à uſage, on peut l'exclure par une clauſe du Contrat, & convenir que l'emprunteur ſera tenu d'apporter ſeulement de la bonne foi pour la conſervation de la choſe, & qu'il ne ſera pas reſponſable des accidens qui arriveroient par ſa négligence & ſans malice.

Il eſt auſſi de la nature de ce contrat, que la perte de la choſe prêtée, lorſqu'elle arrive par une force majeure, tombe ſur le prêteur: mais comme cela eſt de la nature, & non de l'eſſence du contrat, on peut, par une clauſe du contrat, charger l'emprunteur de ce riſque juſqu'à ce qu'il ait rendu la choſe.

On peut apporter une infinité d'autres exemples, ſur les différentes eſpeces de contrats.

8. 3°. Les choſes qui ſont accidentelles au contrat, ſont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y ſont renfermées que par quelque clauſe particuliere ajoutée au contrat.

Par exemple, le terme accordé par le contrat pour le paiement de la choſe ou de la ſomme due; la faculté qui y eſt accordée de payer cette ſomme en pluſieurs parties; celle de payer quelqu'autre choſe à la place, ou de payer

entre les mains d'une autre perſonne que du créancier, & autres ſemblables; ſont choſes accidentelles au contrat, parce qu'elles ne ſont renfermées dans le contrat qu'autant qu'elles ſont ſtipulées par quelque clauſe ajoutée au contrat.

Dans le Contrat de vente d'une rente, l'obligation par laquelle le vendeur ſe rend reſponſable de la ſolvabilité des débiteurs tant que la rente durera, eſt une choſe accidentelle au contrat; car le vendeur ne contracte pas cette obligation par la nature du contrat; il ne la contracte qu'en vertu d'une clauſe particuliere ajoutée au contrat, qui eſt celle qu'on appelle la clauſe *de fournir & faire valoir;* & cette clauſe, quoiqu'aſſez fréquente dans les contrats de vente de rente, y doit être exprimée, & ne s'y ſupplée point.

On peut apporter une infinité d'autres exemples.

ARTICLE II.

Diviſion des Contrats.

9. Les diviſions que le Droit Romain fait des contrats, en Contrats nommés & Contrats innommés; en Contrats *bonæ fidei*, & Contrats *ſtricti Juris*, n'ont pas lieu parmi nous.

Celles reçues dans notre Droit ſont, 1°. en Contrats ſynallagmatiques ou bilatéraux, & en Contrats uni-latéraux.

Les *Synallagmatiques* ou bilatéraux ſont ceux par leſquels chacun des contractans s'engage envers l'autre. Tels ſont les Contrats de vente, de louage, &c.

Les *Uni-latéraux* ſont ceux par leſquels il n'y a que l'un des contractans qui s'engage envers l'autre, comme dans le prêt d'argent.

Entre les Contrats ſynallagmatiques ou bilatéraux, on diſtingue ceux qui le ſont parfaitement, & ceux qui le ſont moins parfaitement. Les contrats qui ſont parfaitement ſynallagmatiques ou bilatéraux, ſont ceux dans leſquels l'obligation que contracte chacun des contractans, eſt également une obligation principale de ce contrat; tels ſont les Contrats de vente, de louage, de ſociété, *&c.* Par exemple, dans le Contrat de vente, l'obligation que le vendeur contracte de livrer la choſe, & celle que l'acheteur contracte de payer le prix, ſont également obligations principales du Contrat de vente. Les contrats qui ſont moins parfaitement ſynallagmatiques, ſont ceux dans leſquels il n'y a que l'obligation de l'une des parties qui ſoit l'obligation principale du contrat; tels ſont les Contrats de mandat, de dépôt, de prêt à uſage, de nantiſſement. Dans ces contrats, l'obligation que contracte le mandataire de rendre compte de ſa commiſſion, celles que contractent le dépoſitaire, l'emprunteur, ou le créancier de rendre la choſe qui leur a été donnée à titre de dépôt, de prêt à uſage, ou de nantiſſement, ſont les ſeules obligations principales de ces contrats: celles que contracte le mandant, ou celui qui a donné la choſe en dépôt, ou en nantiſſement, ou qui l'a prêtée, ne ſont que des obligations incidentes, auxquelles donne lieu depuis le contrat, la dépenſe qui a été faite par l'autre partie pour l'exécution du mandat, ou pour la conſervation de la choſe donnée à titre de prêt, de dépôt, ou de nantiſſement.

Au lieu que l'action qui naît de l'obligation principale s'appelle *Actio directa*; celle qui naît de ces obligations incidentes ſe nomme *Actio contraria.*

10.

10. 2°. On diviſe les contrats en ceux qui ſe forment par le ſeul conſentement des parties, & qui pour cela ſont appellés Contrats *conſenſuels*, tels que la vente, le louage, le mandat, *&c.* & ceux où il eſt néceſſaire qu'il intervienne quelque choſe outre le conſentement : tels ſont les Contrats de prêt d'argent, de prêt à uſage, de dépôt, de nantiſſement, qui par la nature du contrat exigent la tradition de la choſe qui eſt l'objet de ces conventions. On les appelle Contrats *réels*.

11. Quoique le ſeul conſentement des parties ſuffiſe pour la perfection des contrats conſenſuels, néanmoins ſi les parties, en contractant une vente, ou un louage, ou quelqu'autre eſpece de marché, ſont convenues d'en paſſer un acte pardevant Notaires, avec intention que le marché ne ſeroit parfait & conclu que lorſque l'acte auroit reçu ſa forme entiere par la ſignature des parties & du Notaire, le contrat ne recevra effectivement ſa perfection que lorſque l'acte du Notaire aura reçu la ſienne; & les parties, quoique d'accord ſur les conditions du marché, pourront licitement ſe dédire avant que l'acte ait été ſigné. C'eſt la déciſion de la fameuſe loi *Contractus* 17, *Cod. de fid. inſtr.* qui ſe trouve auſſi aux *Inſtit. tit. de cont. empt.* Mais ſi en ce cas l'acte ou l'inſtrument eſt requis pour la perfection du contrat, ce n'eſt pas par la nature du contrat, qui de ſoi n'exige pour ſa perfection que le ſeul conſentement des parties; c'eſt parce que les parties contractantes l'ont voulu, & qu'il eſt permis aux parties qui contractent, de faire dépendre leur obligation, de telle condition que bon leur ſemble.

Obſervez que la convention, qu'il ſera paſſé acte devant Notaires d'un marché, ne fait pas par elle-même dépendre de cet acte la perfection du marché; il faut qu'il paroiſſe que l'intention des parties, en faiſant cette convention, a été de l'en faire dépendre. C'eſt pourquoi il a été jugé par un Arrêt de 1595, rapporté par Mornac, *ad d. L.* 17, qu'une partie ne pouvoit ſe dédire d'un traité de vente fait ſous les ſignatures des parties, quoiqu'il y eût la clauſe, qu'il en ſeroit paſſé acte pardevant Notaires, & que cet acte n'eût pas encore été paſſé; parce qu'on ne pouvoit pas conclure de cette clauſe ſeule, que les parties euſſent voulu faire dépendre de l'acte devant Notaires la perfection de leur marché; cette clauſe ayant pu être ajoutée ſeulement pour en aſſurer davantage l'exécution, par les hypotheques que donne un acte devant Notaire, & à cauſe du riſque qu'un acte ſous ſignatures privées court de s'égarer.

Mais lorſque le marché eſt verbal, il eſt plus facile à la partie à qui on en demande l'exécution, de s'en dédire en ſoutenant que le marché n'étoit que projeté juſqu'à la ſignature de l'acte devant Notaire qu'on étoit convenu d'en paſſer; parce que les marchés dont l'objet excede cent livres, ne pouvant ſe prouver par témoins, & n'y ayant par conſéquent en ce cas d'autre preuve du marché, que cette déclaration, elle doit être priſe en ſon entier, comme nous le verrons en la quatrieme Partie, *n.* 799.

Lorſqu'il y a un acte ſous ſignatures privées d'un marché qui n'a pas reçu ſa perfection entiere par les ſignatures de toutes les perſonnes exprimées par l'acte, quelqu'une d'elles s'étant retirée ſans ſigner, celles qui ont ſigné peuvent ſe dédire, & ſont crues à dire, qu'en faiſant dreſſer cet acte, elles ont eu intention de faire dépendre de la perfection de cet acte, leur convention. C'eſt

ſur ce principe que par Arrêt du 15 Décembre 1654, rapporté par Soefve, *t.* 1, *cent.* 4, *chap.* 75, la vente d'un office, faite par une veuve, tant en ſon nom que comme tutrice de ſon fils mineur, à un particulier, par un acte ſous ſignatures privées, fut déclarée imparfaite, & ce particulier, qui avoit ſigné l'acte, renvoyé de la demande de la veuve, aux fins d'exécution de cet acte; parce que l'acte n'avoit point reçu toute ſa perfection, n'ayant pas été ſigné par le curateur du mineur, qui avoit été nommé dans l'acte, comme y comparoiſſant pour le mineur, quoiqu'il y fût inutile.

12. La troiſieme diviſion des contrats, eſt en Contrats intéreſſés de part & d'autre, Contrats de bienfaiſance, & Contrats mixtes.

Les Contrats intéreſſés de part & d'autre, ſont ceux qui ſe font pour l'intérêt & l'utilité réciproque de chacune des parties; tels ſont les Contrats de vente, d'échange, de louage, de conſtitution de rente, de ſociété, & une infinité d'autres.

Les Contrats de bienfaiſance ſont ceux qui ne ſe font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes, tels ſont le prêt à uſage, le prêt de conſomption, le dépôt & le mandat.

Les contrats par leſquels celle des parties qui fait un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque choſe qui eſt au-deſſous de la valeur de ce qu'elle lui donne, ſont des Contrats *mixtes;* telles ſont les donations faites ſous quelque charge impoſée au donataire.

13. Les Contrats intéreſſés de part & d'autre, ſe ſubdiviſent en Contrats *commutatifs*, & Contrats *aléatoires*.

Les Contrats *commutatifs* ſont ceux par leſquels chacune des parties contractantes donne & reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne; tel eſt le Contrat de vente : le vendeur doit donner la choſe vendue & recevoir le prix, qui en eſt l'équivalent; l'acheteur doit donner le prix, & recevoir la choſe vendue, qui en eſt l'équivalent.

On les diſtribue en quatre claſſes: *Do ut des*, *Facio ut facias*, *Facio ut des*, *Do ut facias*.

Les Contrats *aléatoires* ſont ceux par leſquels l'un des contractans, ſans rien donner de ſa part, reçoit quelque choſe de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du riſque qu'il a couru; tous les jeux ſont des Contrats de cette nature, auſſi-bien que les gageures, & les contrats d'aſſurance.

14. Une quatrieme diviſion des contrats, eſt en contrats *principaux* & contrats *acceſſoires*. Les contrats *principaux* ſont ceux qui interviennent principalement, & pour eux-mêmes; les contrats *acceſſoires*, ſont ceux qui interviennent pour aſſurer l'exécution d'un autre contrat; tels ſont les contrats de cautionnement & de nantiſſement.

15. Une cinquieme diviſion de contrats, eſt en ceux qui ſont aſſujettis par le Droit civil à certaines regles ou à certaines formes, & ceux qui ſe reglent par le pur Droit naturel.

Ceux qui ſont aſſujettis parmi nous à certaines regles ou à certaines formes, ſont le contrat de mariage, le contrat de donation, le contrat de lettre de change, le contrat de conſtitution de rente. Les autres conventions ne ſont, ſelon nos mœurs, aſſujetties à aucunes formes, ni à aucunes regles arbitraires

preſcrites par la Loi civile ; & pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux Loix & aux bonnes mœurs, & qu'elles interviennent entre perſonnes capables de contracter, elles ſont obligatoires, & produiſent une action. Si nos Loix ordonnent que celles dont l'objet excede la ſomme de cent livres, ſoient rédigées par écrit, elles n'ont en vue en cela que de régler la maniere dont elles doivent être prouvées, dans les cas où l'on diſconviendroit qu'elles fuſſent intervenues : mais leur intention n'eſt pas que l'écrit ſoit de la ſubſtance de la convention ; elle eſt ſans cela valable, & les contractans qui ne nient pas qu'elle ſoit intervenue, peuvent être contraints de l'exécuter. On peut même ordinairement déférer le ſerment déciſoire à celui qui en diſconviendroit ; l'écrit n'eſt néceſſaire que pour la preuve, & non pour la ſubſtance de la convention.

ARTICLE III.

Des différens vices qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats.

16. Les vices qui peuvent ſe rencontrer dans les contrats, ſont l'erreur, la violence, le dol, la léſion, le défaut de cauſe dans l'engagement, le défaut de lien. Nous traiterons de ces différens défauts dans autant de paragraphes ſéparés.

A l'égard des vices qui réſultent de l'inhabilité de quelques-unes des parties contractantes, ou de ce qui fait l'objet des contrats, nous en traiterons dans les articles ſuivans.

§. I.

De l'Erreur.

17. L'erreur eſt le plus grand vice des conventions : car les conventions ſont formées par le conſentement des parties ; & il ne peut pas y avoir de conſentement, lorſque les parties ont erré ſur l'objet de leur convention, *non videntur qui errant conſentire* ; L. 116, §. 2, *de R. juris* ; L. 57, *de obligat. & act.*

C'eſt pourquoi ſi quelqu'un entend me vendre une choſe, & que j'entende la recevoir à titre de prêt, ou par préſent, il n'y a en ce cas, ni vente, ni prêt, ni donation. Si quelqu'un entend me vendre, ou me donner une certaine choſe, & que j'entende acheter de lui une autre choſe, ou accepter la donation d'une autre choſe, il n'y a ni vente, ni donation : ſi quelqu'un entend me vendre une choſe pour un certain prix, & que j'entende l'acheter pour un moindre prix, il n'y a pas de vente ; car dans tous ces cas, il n'y a pas de conſentement. *Sive in ipſâ emptione diſſentiam, ſive in pretio, ſive in quo alio, emptio imperfecta eſt. Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putaſti, quia in corpore diſſenſimus, emptio nulla eſt* ; L. 9, ff. *de contr. empt.*

18. L'erreur annulle la convention, non-ſeulement lorſqu'elle tombe ſur la choſe même, mais lorſqu'elle tombe ſur la qualité de la choſe que les

contractans ont eu principalement en vue, & qui fait la ſubſtance de cette choſe. C'eſt pourquoi ſi, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achete de vous une paire de chandeliers que vous me préſentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne ſoient que de cuivre argenté, quand même vous n'auriez eu aucun deſſein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention ſera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été, détruit mon conſentement; car la choſe que j'ai voulu acheter, eſt une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez préſentés à vendre, étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce ſoit la choſe que j'ai voulu acheter. C'eſt ce que Julien décide en une eſpece à-peu-près ſemblable, *en la Loi* 41, §. 1, ff. *d. t.*; & Ulpien *en la Loi* 41, §. 1, ff. *d. t.* lorſqu'il dit, *ſi æs pro auro veneat, non valet.*

Il en eſt autrement lorſque l'erreur ne tombe que ſur quelque qualité accidentelle de la choſe: par exemple, j'achete chez un Libraire un certain livre dans la fauſſe perſuaſion qu'il eſt excellent, quoiqu'il ſoit au-deſſous du médiocre; cette erreur ne détruit pas mon conſentement, ni par conſéquent le contrat de vente; la choſe que j'ai voulu acheter, que j'ai eu en vue, eſt véritablement le livre que le Libraire m'a vendu, & non aucune autre choſe; l'erreur dans laquelle j'étois ſur la bonté de ce livre, ne tomboit que ſur le motif qui me portoit à l'acheter, & n'empêche pas que ce ſoit véritablement le livre que j'ai voulu acheter: or nous verrons dans peu que l'erreur dans le motif ne détruit pas la convention; il ſuffit que les parties n'aient pas erré ſur la choſe qui en fait l'objet, *& in eam rem conſenſerint.*

19. L'erreur ſur la perſonne avec qui je contracte, détruit-elle pareillement le conſentement, & annulle-t-elle la convention? Je penſe qu'on doit décider cette queſtion par une diſtinction. Toutes les fois que la conſidération de la perſonne avec qui je veux contracter, entre pour quelque choſe dans le contrat que je veux faire, l'erreur ſur la perſonne détruit mon conſentement, & rend par conſéquent la convention nulle. Par exemple, ſi voulant donner ou prêter une choſe à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul que je prends pour Pierre, cette donation & ce prêt ſont nuls, par défaut de conſentement de ma part; car je n'ai pas voulu donner, ni prêter cette choſe à Paul, je ne l'ai voulu donner ou prêter qu'à Pierre; la conſidération de la perſonne de Pierre entroit dans la donation ou le prêt que je voulois faire.

Pareillement, ſi voulant faire faire un tableau par *Natoire*, je fais marché pour faire ce tableau avec Jacques que je prends pour *Natoire*, le marché eſt nul, faute de conſentement de ma part: car je n'ai pas voulu faire faire un tableau par Jacques, mais par *Natoire*; la conſidération de la perſonne de *Natoire* & de ſa réputation entroient dans le marché que je voulois faire.

Obſervez néanmoins que ſi Jacques, qui ignoroit que je le prenois pour *Natoire*, a en conſéquence de cette convention erronée, fait le tableau, je ſerai obligé de le prendre & de le payer, ſuivant le dire des experts; mais ce n'eſt pas en ce cas, la convention qui m'y oblige, cette convention qui eſt nulle, ne pouvant produire aucune obligation; la cauſe de mon obligation eſt en ce cas l'équité qui m'oblige à indemniſer celui que j'ai par mon imprudence, induit en erreur: il naît de cette obligation, une action qui s'appelle *actio in factum.*

Nous avons vu que l'erreur ſur la perſonne, annulle la convention toutes les fois que la conſidération de la perſonne entre dans la convention.

Au contraire, lorſque la conſidération de la perſonne avec qui je croyois contracter, n'eſt entrée pour rien dans le contrat, & que le contrat eſt un contrat que j'aurois également voulu faire avec quelque perſonne que ce fût, comme avec celui avec qui j'ai cru contracter, le contrat doit être valable. Par exemple, j'ai acheté chez un Libraire un livre en blanc, qu'il s'eſt obligé de me livrer relié : quoique ce Libraire en me le vendant, ait cru le vendre à Pierre à qui je reſſemble, qu'il m'ait nommé du nom de Pierre en me le vendant, ſans que je l'aie déſabuſé, cette erreur en laquelle il a été ſur la perſonne à qui il vendoit ſon livre, n'annulle pas la convention, & ne peut fonder le refus qu'il feroit de me livrer ce livre pour le prix convenu, dans le cas auquel le livre depuis le marché, ſeroit enchéri : car quoiqu'il ait cru vendre ſon livre à Pierre, néanmoins comme il lui étoit indifférent à qui il débitât ſa marchandiſe, ce n'eſt pas préciſément & perſonnellement à Pierre qu'il a voulu vendre ce livre, mais à la perſonne qui lui donneroit le prix qu'il demandoit, quelle qu'elle fût ; & par conſéquent il eſt vrai de dire que c'eſt à moi qui étois cette perſonne, à qui il a voulu vendre ſon livre, & envers qui il s'eſt obligé de le livrer : c'eſt l'avis de Barbeyrac ſur Puffendorf, *L. 3, ch. 6, n. 7, not. 2.*

30. L'erreur dans le motif, annulle-t-elle la convention ? Puffendorf, *L. 3, chap. 6, n. 7*, penſe qu'elle l'annulle, pourvu que j'aie fait part à celui avec qui je contractois, de ce motif erronné qui me portoit à contracter ; parce qu'en ce cas, les parties doivent, ſuivant ſon avis, être cenſées avoir voulu faire dépendre leur convention, de la vérité de ce motif, comme d'une eſpece de condition. Il rapporte pour exemple, le cas auquel ſur un faux avis de la mort de mes chevaux, j'en aurois acheté, en faiſant part dans la converſation à mon vendeur, de la nouvelle que j'avois eue. Il penſe que dans ce cas, lorſque j'aurai eu avis de la fauſſeté de la nouvelle, je pourrai me diſpenſer de tenir le marché, pourvu qu'il n'ait pas encore été exécuté ni de part ni d'autre, & à la charge par moi de dédommager le vendeur, s'il ſouffroit quelque choſe de l'inexécution du marché.

Barbeyrac fait très-bien remarquer l'inconſéquence de cette raiſon : car s'il étoit vrai que nous euſſions fait dépendre notre convention, de la vérité de la nouvelle que j'avois eue, la nouvelle ſe trouvant fauſſe, la convention ſeroit abſolument nulle *defectu conditionis* ; & le vendeur ne pourroit par conſéquent prétendre aucuns dommages & intérêts pour ſon inexécution. Barbeyrac décide enſuite fort bien que cette erreur dans le motif ne donne aucune atteinte à la convention. En effet, de même que dans les legs, la fauſſeté du motif dont le teſtateur s'eſt expliqué, n'influe pas ſur le legs & ne l'empêche pas d'être valable, (*Inſtit. tit. de legat.* §. 32, *l.* 72, §. 6, ff. *de cond. & dem.*) parce qu'il n'en eſt pas moins vrai que le teſtateur a voulu faire le legs, & qu'on ne peut pas conclure de ce qu'il a dit ſur le motif qui le portoit à léguer, qu'il a voulu faire dépendre ſon legs de la vérité de ce motif comme d'une condition, ſi cela n'eſt juſtifié d'ailleurs, de même & à bien plus forte raiſon doit-on décider, à l'égard des conventions, que

l'erreur dans le motif qui a porté l'une des parties à contracter, n'influe pas ſur la convention, & ne l'empêche pas d'être valable; parce qu'il y a beaucoup moins lieu de préſumer que les parties aient voulu faire dépendre leur convention de la vérité de ce motif, comme d'une condition; les conditions devant s'interpréter *prout ſonant*, & les conditions qui n'y peuvent être appoſées que par la volonté des deux parties, devant s'y ſuppléer bien plus difficilement que dans les legs.

§. II.

Du défaut de liberté.

21. Le conſentement qui forme les conventions doit être libre. Si le conſentement de quelqu'un des contractans a été extorqué par violence, le contrat eſt vicieux. Au reſte, comme le conſentement quoiqu'extorqué par violence eſt un conſentement tel quel, *voluntas coacta, eſt voluntas* (*gloſſ. ad* L. 21, §. 5, ff. *quod met. cauſ.*) on ne peut pas dire comme dans le cas de l'erreur, qu'il n'y ait point eu abſolument de contrat. Il y en a un, mais il eſt vicieux; & celui dont le conſentement a été extorqué par violence, ou bien ſes héritiers ou ceſſionnaires peuvent le faire annuller & reſcinder, en obtenant pour cet effet des lettres de reſciſion.

Que ſi depuis que la violence a ceſſé, il a approuvé le contrat, ſoit expreſſément, ſoit tacitement en laiſſant paſſer le temps de la reſtitution qui eſt de dix ans, depuis que la violence a ceſſé, le vice du contrat eſt purgé.

22. Lorſque la violence a été commiſe par celui avec qui j'ai contracté, ou lorſqu'il en a été participant, la convention n'eſt pas valable, ni ſelon le droit civil qui donne une action pour la faire reſcinder, ni même ſelon le Droit naturel. Car quand on ſuppoſeroit qu'il réſulteroit une obligation de ma part envers vous, du conſentement que j'ai donné au contrat quoiqu'extorqué par violence, l'injuſtice que vous avez commiſe envers moi, en exerçant cette violence, vous oblige, de votre côté, à m'indemniſer de ce que j'en ai ſouffert; & cette indemnité conſiſte à m'acquitter de l'obligation que vous m'avez obligé de contracter: d'où il ſuit que mon obligation, quand on en ſuppoſeroit une, ne peut être valable ſelon le Droit naturel; c'eſt la raiſon que donne Grotius *de Jure bell. lib.* 2, *cap.* 11, *n.* 7.

23. Lorſque la violence qu'on a exercée contre moi pour me contraindre à contracter, a été exercée par un tiers, ſans que celui avec qui j'ai contracté en ait été participant, le Droit civil ne laiſſe pas de venir à mon ſecours, & il reſcinde toutes les obligations contractées par violence, de quelque part que ſoit venue la violence. C'eſt ce qui réſulte de ces termes de la Loi 9, §. 1, ff. *Quod met. Prætor generaliter* (1), *& in* REM *loquitur:* mais Grotius prétend que ce n'eſt en ce cas que du Droit civil que je tiens la reſciſion

(1) *Id eſt: imperſonaliter loquitur, de ſolâ re, de ſolâ vi illatâ, non attendens per quem illata ſit, an per ipſum cum quo invitus contraxi, an per alium:* c'eſt pourquoi les Baſiliques ont retranché les termes *ſciente emptore* qui ſe trouvent dans la Loi 5, *Cod. de his quæ vi, &c.* étant indifférent que celui à qui j'ai été contraint par violence de vendre, ait eu connoiſſance ou non de cette violence.

de mon obligation qui ſeroit valable dans les termes du pur Droit naturel : il n'y a, ſelon lui, que le Droit civil qui répute pour imparfait mon conſentement, à cauſe du trouble d'eſprit que m'a cauſé la violence ; à-peu-près de la même maniere qu'il répute pour imparfait le conſentement des mineurs, lorſqu'il leur accorde la reſtitution contre leurs contrats *propter infirmitatem judicii.* Mais ſelon cet Auteur, aux termes du pur Droit naturel, mon conſentement quoique donné dans le trouble que cauſe la violence, ne laiſſe pas d'être un vrai conſentement ſuffiſant pour former une obligation, de même que celui d'un mineur, quoiqu'il n'ait pas encore toute la maturité d'entendement, que donne un âge plus avancé.

Puffendorf & Barbeyrac penſent au contraire, que dans les termes même du pur Droit naturel, lorſque j'ai été contraint par violence à contracter, le contrat ne m'oblige point, quoique celui avec qui j'ai contracté, n'ait eu aucune part à la violence.

Voici la raiſon qu'en apporte Barbeyrac : il eſt vrai, dit-il, qu'un conſentement, quoiqu'extorqué par violence, eſt un conſentement, *coacta voluntas, voluntas eſt ;* & il ſuffit pour nous rendre coupables, lorſque nous conſentons, quoique contraints à faire ce que la loi naturelle défend, ou à nous abſtenir de ce qu'elle commande : ainſi un Chrétien étoit coupable lorſqu'il ſacrifioit aux idoles, quoiqu'il y fût contraint par la crainte de la mort & des ſupplices ; mais quoique le conſentement extorqué par violence, ſoit un vrai conſentement, il ne ſuffit pas pour nous obliger valablement, à donner ou à faire ce que nous avons promis à quelqu'un ; parce que la loi naturelle ayant ſoumis à notre choix libre & ſpontanée, tout ce qu'elle permet, ce ne peut être que par un conſentement libre & ſpontanée, que nous pouvons nous obliger envers quelqu'un, à lui donner ou à faire ce que la loi naturelle nous permettoit de lui donner ou de ne lui pas donner, de faire ou de ne pas faire.

La convention n'en eſt donc pas moins vicieuſe, quoique celui avec qui on m'a forcé de faire cette convention, n'ait pas eu de part à la violence qui m'a été faite. Car quoiqu'il n'y ait pas eu de part, mon conſentement n'en a pas moins été imparfait ; & c'eſt à cette imperfection de mon conſentement que la Loi a égard pour me délier de l'obligation qu'on prétendroit en réſulter : *Neque enim lex adhibenti vim iraſcitur, ſed paſſo ſuccurrit ; & iniquum illi videtur id ratum eſſe, quod aliquis, non quia voluit, pactus eſt, ſed quia coactus eſt : nihil autem refert per quem illi neceſſe fuit ; iniquum enim, quod reſcinditur, facit perſona ejus qui paſſus eſt, non perſona facientis.* Senec. *controver. IV.* 26.

24. Puffendorf excepte un cas auquel l'obligation, quoique contractée par l'impreſſion de la crainte que me cauſe la violence qu'on exerce ſur moi, ne laiſſe pas d'être valable : c'eſt le cas auquel j'aurois promis quelque choſe à quelqu'un pour qu'il vînt à mon ſecours, & qu'il me délivrât de la violence qu'un autre exerçoit ſur moi. Par exemple, ſi étant attaqué par des voleurs, j'apperçois quelqu'un à qui je promets une ſomme pour qu'il me vienne délivrer d'entre leurs mains, cette obligation, quoique contractée ſous l'impreſſion de la crainte de la mort, ſera valable. C'eſt auſſi la déciſion de la Loi 9, §. 1, ff. *Quod met. causâ. Eleganter Pomponius ait : ſi quò magis te de vi hoſtium vel latronum tuerer, aliquid à te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri... ego enim operæ potius meæ mercedem accepiſſe videor.*

Néanmoins ſi j'avois promis une ſomme exceſſive, je pourrois faire réduire mon obligation à la ſomme à laquelle on apprécieroit la juſte récompenſe du ſervice qui m'a été rendu.

25. La violence qui fait pécher le contrat par défaut de liberté, doit, ſelon les principes du Droit Romain, être une violence capable de faire impreſſion ſur une perſonne courageuſe, *metus non vani hominis, ſed qui in homine conſtantiſſimo cadat*; L. 6, ff. *dicto titulo.*

Il faut que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter, ait été intimidée par la crainte d'un grand mal, *metu majoris mali*, L. 5, ff. *dict. tit.*, ſoit en ſa propre perſonne, ſoit en celle de ſes enfans, ou de quelqu'autre de ſes proches; *nam nihil intereſt in ſe quis veritus ſit, an in liberis ſuis*, L. 8, §. 3, *d. tit.* Il faut que ce ſoit un mal qu'elle ait été menacée d'endurer ſur le champ, ſi elle ne faiſoit ce qu'on lui propoſoit; *metum præſentem, non ſuſpicionem inferendi ejus*, L. 9, ff. *dicto titulo.*

Lorſque les menaces dont quelqu'un s'eſt ſervi pour me faire contracter avec lui quelqu'engagement, ne ſont que menaces vagues & pour l'avenir, dont je me ſuis vainement intimidé, quoique, ſelon le principe du Droit Romain, le contrat ne ſoit pas eſtimé pécher en ce cas par le défaut de liberté dans le conſentement, il ne faut pas en conclure que cette manœuvre doive être impunie, & que le contrat doive ſubſiſter. La Loi 7, ff. *dicto titulo*, dit bien: *Si quis meticuloſus rem nullam fruſtrà timuerit*, PER HOC EDICTUM *non reſtituitur*; mais elle ne dit pas abſolument *non reſtituitur*: ſi le contrat ne peche pas en ce cas par le défaut de ce que les Loix jugent requis, pour la liberté du conſentement, il peche par le défaut de la bonne foi, qui doit regner dans tous les contrats.

Cette manœuvre dont s'eſt ſervi celui avec qui j'ai contracté, eſt une injuſtice qui l'oblige envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a cauſé; & c'eſt dans la reſciſion du contrat que conſiſte la réparation du tort. *Grotius, dict. loco.*

Si c'eſt par le fait d'un tiers que je me ſuis laiſſé vainement intimider, & que celui avec qui j'ai contracté n'y ait aucune part, le contrat ſera valable, & j'aurai ſeulement l'action *de dolo* contre celui qui m'a intimidé.

Tous ces principes du Droit Romain ſont très-juſtes & pris dans le droit naturel, ſauf que celui qui ne connoît d'autre crainte ſuffiſante pour faire pécher un contrat par défaut de liberté, que celle qui eſt capable de faire impreſſion ſur l'homme le plus courageux, eſt trop rigide, & ne doit pas être parmi nous ſuivie à la lettre: mais on doit en cette matiere avoir égard à l'âge, au ſexe & à la condition des perſonnes; & telle crainte qui ne ſeroit pas jugée ſuffiſante pour avoir inſuffiſamment intimidé l'eſprit d'un homme d'un âge mûr, & d'un militaire, & pour faire en conſéquence reſcinder le contrat qu'il aura fait, peut être jugée ſuffiſante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard. *Voyez* Brunneman, *ad* L. 6, ff. *quod met. causâ.* & les Docteurs par lui cités.

26. La violence qui peut donner lieu à la reſciſion du contrat, doit être une violence injuſte, *adversùs bonos mores*, L. 3, §. 1, ff. *dicto titulo.* Les voies de droit ne peuvent jamais paſſer pour une violence de cette eſpece: c'eſt pourquoi, un débiteur ne peut jamais ſe pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec ſon créancier, ſur le ſeul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces

naces que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avoit droit d'exercer, ni même ſur le prétexte qu'il a fait ce contrat en priſon, lorſque le créancier a eu droit de l'empriſonner. La Loi 22, ff. *quod met. causâ* qui dit: *Qui in carcerem quem detruſit ut aliquid ei extorqueret, quicquid ob hanc cauſam factum eſt, nullius momenti eſt*, doit s'entendre d'un empriſonnement injuſte; *Voyez* Wiſſenbach, *P. 1, diſp.* 13, *n.* 22.

27. La crainte de déplaire à un pere, à une mere, ou autres perſonnes à qui on doit des égards, n'eſt pas non plus une crainte qui rende vicieux le contrat fait par l'impreſſion de cette eſpece de crainte; L. 22, ff. *de Rit. nupt.* L. 26, §. 1, ff. *de pign. & hyp.*; Duaren, *ad h. T. &* Wiſſenbach, *diſp.* 13, *th.* 13, *&c.* Mais ſi celui qui a une perſonne ſous ſa puiſſance, avoit employé les mauvais traitemens, ou les menaces pour la forcer à contracter, le contrat pourroit, ſelon les circonſtances, être ſujet à reſciſion.

§. III.

Du Dol.

28. On appelle *Dol*, toute eſpece d'artifice dont quelqu'un ſe ſert pour tromper un autre: *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam*, L. 1, §. 2, ff. *de dol.*

29. Lorſqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'eſt pas abſolument & eſſentiellement nul, parce qu'un conſentement, quoique ſurpris, ne laiſſe pas d'être conſentement; mais ce contrat eſt vicieux, & la partie qui a été ſurpriſe, peut dans les dix ans, en prenant des lettres de reſciſion, le faire reſcinder, parce qu'il peche contre la bonne foi qui doit regner dans les contrats. Ajoutez que ſi ma promeſſe m'engage envers vous, le dol que vous avez commis envers moi, en ſurprenant de moi cette promeſſe, vous engage à m'indemniſer, & par conſéquent à me décharger de cette promeſſe.

30. Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s'écarte tant-ſoit-peu de la ſincérité la plus exacte & la plus ſcrupuleuſe: la ſeule diſſimulation ſur ce qui concerne la choſe qui fait l'objet du marché, que la partie avec qui je contracte auroit intérêt de ſçavoir, eſt contraire à cette bonne foi; car nous étant commandé d'aimer notre prochain autant que nous-mêmes, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, ſi nous euſſions été à ſa place. Cette matiere eſt traitée au long en notre Traité du Contrat de Vente, *part.* 2, *chap.* 2; *part.* 3, *ſect.* 2.

Dans le for extérieur, une Partie ne ſeroit pas écoutée à ſe plaindre de ces légeres atteintes, que celui avec qui il a contracté auroit donné à la bonne foi; autrement il y auroit un trop grand nombre de conventions qui ſeroient dans le cas de la reſciſion, ce qui donneroit lieu à trop de procès, & cauſeroit un dérangement dans le commerce. Il n'y a que ce qui bleſſe ouvertement la bonne foi, qui ſoit dans ce for regardé comme un vrai dol ſuffiſant, pour don-

ner lieu à la reſciſion du contrat, telles que toutes les mauvaiſes manœuvres, & tous les mauvais artifices qu'une partie auroit employés pour engager l'autre à contracter; & ces mauvaiſes manœuvres doivent être pleinement juſtifiées. *Dolum nonniſi perſpicuis indiciis probari convenit*; L. 6, *Cod. de dol. mal.*

31. Il n'y a que le dol qui a donné lieu au contrat, qui puiſſe donner lieu à la reſciſion; c'eſt-à-dire, le dol par lequel l'une des parties a engagé l'autre à contracter, qui n'auroit pas contracté ſans cela: tout autre dol qui intervient dans les contrats, donne ſeulement lieu à des dommages & intérêts, pour la réparation du tort qu'il a cauſé à la partie qui a été trompée.

32. Il faut auſſi pour que je puiſſe faire reſcinder mon engagement, que le dol qu'on a employé pour me porter à contracter, ait été commis par la perſonne avec qui j'ai contracté, ou du moins qu'elle en ait été participante: s'il a été commis ſans ſa participation, & que je n'aye pas d'ailleurs ſouffert une léſion énorme, mon engagement eſt valable, & n'eſt pas ſujet à reſciſion; j'ai ſeulement action contre le tiers qui m'a trompé, pour mes dommages & intérêts.

§. IV.

De la léſion entre Majeurs.

33. L'équité doit regner dans les conventions; d'où il ſuit que dans les contrats intéreſſés dans leſquels l'un des contractans donne ou fait quelque choſe, pour recevoir quelqu'autre choſe, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la léſion que ſouffre l'un des contractans, quand même l'autre n'auroit recours à aucun artifice pour le tromper, eſt ſeule ſuffiſante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce, conſiſtant dans l'égalité, dès que cette égalité eſt bleſſée, & que l'un des contractans donne plus qu'il ne reçoit, le contrat eſt vicieux, parce qu'il peche contre l'équité qui y doit régner.

D'ailleurs, il y a de l'imperfection dans le conſentement de la partie léſée; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fauſſe ſuppoſition, que ce qu'elle recevoit à la place, valoit autant que ce qu'elle donnoit; & elle étoit dans la diſpoſition de ne vouloir le donner, ſi elle eût ſçu que ce qu'elle recevoit, valoit moins.

Au reſte, il faut obſerver 1°. que le prix des choſes ne conſiſte pas ordinairement dans un point indiviſible: il a une certaine étendue, ſur laquelle il eſt permis aux contractans de ſe débattre; & il n'y a pas de léſion, ni par conſéquent d'iniquité dans un contrat, à moins que ce que l'un des contractans a reçu, ne ſoit au-deſſus du plus haut prix de la choſe qu'il a donnée, ou au-deſſous du plus bas; *Voyez* notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 242.

34. 2°. Quoique toute léſion, quelle qu'elle ſoit, rende les contrats iniques, & par conſéquent vicieux, & que le for intérieur oblige à ſuppléer le juſte prix, néanmoins dans le for extérieur, les majeurs ne ſont point écoutés à ſe plaindre de leurs conventions pour cauſe de léſion, à moins qu'elle ne ſoit énorme; ce qui a été ſagement établi pour la ſûreté & la liberté du commerce, qui exige qu'on ne puiſſe facilement revenir contre les conventions;

autrement nous n'oſerions contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions contracté, s'imaginant avoir été léſé, ne nous fît par la ſuite un procès.

On eſtime communément *énorme* la léſion qui excede la moitié du juſte prix. Celui qui a ſouffert cette léſion, peut dans les dix ans du contrat, en obtenant des lettres de reſciſion, en demander la nullité. *Voyez* ſur cette action reſciſoire notre Traité du Contrat de Vente, *part.* 5, *chap.* 2, *ſect.* 2.

35. Il y a néanmoins certaines conventions dans leſquelles l'égalité eſt plus particuliérement requiſe, tels que ſont les partages entre cohéritiers ou copropriétaires; Molin. *de uſur. quæſt.* 14, *n.* 182.

A l'égard de ces conventions, il ſuffit que la léſion excede le quart du juſte prix, pour qu'elle donne lieu à la reſtitution.

C'eſt ce que les Praticiens appellent léſion *du tiers au quart*; c'eſt-à-dire, une léſion qui roule entre le tiers & le quart, qui peut ne pas aller tout-à-fait juſqu'au tiers, mais qui doit au moins excéder le quart. Par exemple, ſi j'ai été léſé dans un partage, dans lequel il auroit dû me revenir douze mille livres pour mon lot, il n'eſt pas néceſſaire pour que je puiſſe me pourvoir contre, que la léſion que j'ai ſoufferte aille juſqu'à la ſomme de quatre mille livres, qui eſt le tiers de ce que j'aurois dû avoir; il ſuffit qu'elle excede celle de trois mille livres, qui en eſt le quart; *Imbert. enchirid. au titre diviſion & partage mal fait.*

36. Au contraire, il y a certaines conventions contre leſquelles les majeurs ne peuvent être reſtitués pour cauſe de léſion, quelque énorme qu'elle ſoit.

Telles ſont les tranſactions, ſuivant l'Edit de François II, du mois d'Avril 1560. On appelle tranſactions les conventions qui ſe font ſur des prétentions pour leſquelles il y avoit entre les parties procès mû, ou prêt à mouvoir.

La raiſon de l'Edit ſe tire de la nature particuliere de ces conventions. Dans les autres contrats *intéreſſés*, chacun des contractans a intention de recevoir autant qu'il donne, & de ne rien relâcher de ce qui lui appartient: ſon conſentement n'eſt donc pas entiérement parfait lorſqu'il eſt léſé, puiſqu'en ce cas il part d'une erreur dans laquelle il eſt, qu'il reçoit autant qu'il donne; & c'eſt ſur le fondement de ce défaut dans ſon conſentement, qu'il eſt admis à ſe faire reſtituer contre le contrat. Au contraire, dans les *tranſactions*, par la nature même de ces conventions, les contractans ont intention d'éviter un procès, même aux dépens de ce qui leur appartient.

De ces principes, il ſuit que la diſpoſition de l'Edit ne doit pas être étendue à des conventions, qui ne décideroient aucune conteſtation, & qui, par exemple, ne contiendroient autre choſe qu'un partage, encore bien qu'elles euſſent été qualifiées par le Notaire de *Tranſaction*; car ce n'eſt pas le nom que le Notaire donne à l'acte, mais la nature de l'acte, qui en doit régler l'effet.

37. On n'admet gueres non plus la reſtitution pour cauſe de léſion dans les contrats dans leſquels le prix de la choſe qui en fait l'objet étant très-incertain, il eſt difficile, ou preſqu'impoſſible de déterminer quel en eſt le juſte prix, & de juger par conſéquent s'il y a léſion au-delà de la moitié du juſte prix.

Tel eſt le Contrat de vente des droits ſucceſſifs, car l'incertitude des dettes qui peuvent ſurvenir, rend très-incertain le prix des droits ſucceſſifs.

Tels ſont tous les contrats aléatoires ; car quoique les riſques dont ſe charge par ces contrats l'un des contractans, ſoient quelque choſe d'appréciable à prix d'argent, il faut avouer néanmoins qu'il eſt très-difficile de déterminer quel eſt le juſte prix : c'eſt pour cette raiſon qu'on n'admet gueres la reſciſion pour cauſe de léſion, dans les conſtitutions de rentes viageres, dans les contrats d'aſſurance, &c.

38. Un acheteur qui achete un héritage plus de moitié au-delà du juſte prix, n'eſt pas auſſi admis à la reſtitution, lorſque ce qui excede le prix intrinſéque, eſt le prix de l'affection : c'eſt ce que nous avons expliqué dans notre Traité du Contrat de Vente, *Part.* 2, *chap.* 2, *art.* 4, §. 2.

39. Les contrats qui n'ont pour objet que des choſes mobiliaires, ne ſont pas auſſi ſujets à reſciſion pour la ſeule cauſe de léſion quelle qu'elle ſoit. La Coutume d'Orléans, *art.* 446, en a une diſpoſition.

La raiſon de ce droit peut être, que nos peres faiſoient conſiſter la richeſſe dans les biens-fonds, & faiſoient peu de cas des meubles : de-là vient que dans la plupart des matieres de notre Droit François, les meubles ſont peu conſidérés. Il y a encore une autre raiſon tirée du fréquent commerce des choſes mobiliaires qui paſſent ſouvent en pluſieurs mains en peu de temps. Ce commerce ſeroit troublé, ſi on admettoit la reſtitution pour cauſe de léſion à l'égard des meubles.

On n'admet pas non plus la reſtitution pour cauſe de léſion contre les baux à ferme ou à loyer des héritages ; car ces baux ne renferment qu'une diſpoſition des fruits de l'héritage, qui ſont quelque choſe de mobilier.

§. V.

De la léſion entre Mineurs.

40. Tout ce que nous venons de dire ſur la léſion, a lieu à l'égard des majeurs : mais les mineurs ſont admis à la reſtitution contre leurs conventions, non-ſeulement pour cauſe de la léſion énorme, mais pour quelque léſion que ce ſoit ; & ils y ſont admis, même à l'égard des conventions contre leſquelles nous avons dit que les majeurs n'étoient point admis à la reſtitution, telles que les tranſactions.

L'Ordonnance de 1539, *art.* 134, a limité le temps dans lequel ils doivent demander cette reſtitution ; elle ne permet pas de les y recevoir, après qu'ils ont accompli l'âge de trente-cinq ans.

Obſervez que l'Ordonnance n'a pas dit *dans les dix ans* après majorité, parce qu'il y a des Provinces, où on eſt majeur à vingt ans, comme en Normandie : elle a voulu à cet égard égaler tous les citoyens, & qu'ils fuſſent tous reſtituables juſqu'à l'âge de trente-cinq ans accomplis.

41. Il y a certaines conventions contre leſquelles les mineurs capables de contracter, c'eſt-à-dire, émancipés, ne ſont pas reſtitués non plus que les majeurs pour la ſeule cauſe de léſion ; telles ſont les conventions pour l'aliénation, ou l'acquiſition des choſes mobiliaires. La Coutume d'Orléans, en l'article 446, en a une diſpoſition.

Nous n'en dirons pas davantage, devant traiter cette matiere dans un Traité particulier.

§. VI.

Du défaut de cauſe dans le Contrat.

42. Tout engagement doit avoir une cauſe honnête. Dans les contrats *intéreſſés*, la cauſe de l'engagement que contracte l'une des parties, eſt ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le riſque dont elle ſe charge. Dans les contrats de *Bienfaiſance*, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, eſt une cauſe ſuffiſante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorſqu'un engagement n'a aucune cauſe, ou, ce qui eſt la même choſe, lorſque la cauſe pour laquelle il a été contracté, eſt une cauſe fauſſe, l'engagement eſt nul, & le contrat qui le renferme eſt nul. Par exemple, ſi croyant fauſſement vous devoir une ſomme de 10000 liv. qui vous avoit été léguée par le teſtament de mon pere, qui a été révoqué par un codicile dont je n'avois pas connoiſſance, je me ſuis engagé de vous donner un certain héritage en paiement de cette ſomme, ce contrat eſt nul, parce que la cauſe de mon engagement qui étoit l'acquittement de cette dette, eſt une cauſe qui s'eſt trouvée fauſſe : c'eſt pourquoi la fauſſeté de la cauſe étant reconnue, non-ſeulement vous ne pouvez avoir d'action pour vous faire livrer l'héritage ; mais ſi je vous l'avois déja livré, j'aurois action pour vous le faire rendre, & cette action s'appelle *condictio ſine causâ*. Voyez le *tit. ff. de cond. ſine causâ.*

43. Lorſque la cauſe pour laquelle l'engagement a été contracté, eſt une cauſe qui bleſſe la juſtice, la bonne foi, ou les bonnes mœurs, cet engagement eſt nul, ainſi que le contrat qui le renferme. Ce principe ſert à décider une queſtion qui ſe préſente ſouvent : une terre ſeigneuriale a été ſaiſie réellement ſur un débiteur, & adjugée par décret ; la partie ſaiſie a une convention avec l'adjudicataire qu'il lui donneroit une certaine ſomme pour qu'elle lui remit les titres. On demande ſi cette convention eſt valable ? La déciſion dépend de ſçavoir ſi la cauſe de cette convention bleſſe la juſtice. Il eſt certain qu'elle la bleſſe, car les titres d'une Seigneurie ſont un acceſſoire de cette Seigneurie, comme les clefs le ſont d'une maiſon : or, il eſt de la nature des choſes acceſſoires qu'elles appartiennent à celui à qui la choſe principale appartient ; *acceſſoria ſequuntur jus ac dominium rei principalis :* les titres appartiennent donc à l'adjudicataire ; l'adjudication en lui transférant la propriété de la Seigneurie, lui a transféré celles des titres : la partie ſaiſie lorſqu'elle a hypothéqué cette Seigneurie, a conſenti qu'à défaut de paiement, le créancier pût la vendre par décret, & elle s'eſt dès-lors obligée à la délaiſſer, avec les titres, à l'adjudicataire, comme ſi elle l'eût vendue elle-même : elle ne peut donc ſans injuſtice les retenir : la convention par laquelle elle exige de l'adjudicataire de l'argent pour les lui remettre, a donc une cauſe qui bleſſe la juſtice, ce qui la rend nulle ; c'eſt pourquoi, non-ſeulement elle ne donne aucune action à la partie ſaiſie, pour exiger la ſomme qui lui a été promiſe ; mais ſi l'adjudicataire l'avoit payée, il auroit l'action contr'elle pour la répéter.

43. Obſervez à l'égard de cette action, qu'on doit bien diſtinguer, ſi la

cauſe pour laquelle on a promis quelque choſe, bleſſoit la juſtice ou les bonnes mœurs, du côté ſeulement de la partie qui ſtipuloit, ou de la part des deux parties. Un exemple du premier cas, eſt celui que nous venons de rapporter ci-deſſus; lorſque le ſaiſi a ſtipulé une certaine ſomme de l'adjudicataire pour qu'il remette les titres, ce n'eſt que de la part du ſaiſi que la juſtice eſt bleſſée; l'adjudicataire n'a, de ſon côté, bleſſé ni la juſtice ni les bonnes mœurs, en promettant cette ſomme pour avoir des titres dont il avoit beſoin, & qu'on ne vouloit pas lui remettre ſans cela; c'eſt dans ce cas & dans les cas ſemblables, qu'il y a lieu à la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention.

Un exemple du ſecond cas, eſt lorſqu'un Officier a promis une certaine ſomme à un ſoldat, s'il ſe battoit en duel contre un ſoldat d'un autre Régiment. La cauſe de cet engagement bleſſe les bonnes mœurs, de la part des deux parties; car l'Officier n'a pas moins bleſſé les loix & les bonnes mœurs, en faiſant cette promeſſe à ſon ſoldat, que le ſoldat à qui il l'a faite. Ce ſecond cas convient avec le premier, en ce que de même que dans le premier cas, l'engagement eſt nul, ayant une cauſe qui bleſſe les bonnes mœurs; & en conſéquence il n'en peut naître aucune action, & le ſoldat qui s'eſt battu en duel, ne peut exiger de ſon Officier la ſomme qu'il lui a promiſe pour cela; mais ce ſecond cas differe du premier, en ce que, ſi en exécution de ce contrat, quoique nul, l'Officier a payé la ſomme convenue, il n'en aura pas la répétition comme dans le cas précédent; car l'Officier qui a promis la récompenſe n'ayant pas moins péché contre les loix & les bonnes mœurs, que le ſoldat à qui il l'a promiſe, il eſt indigne du ſecours des loix pour la répétition de la ſomme.

Cette double déciſion eſt aux termes des loix mêmes, *Ubi dantis & accipientis turpitudo verſatur, non poſſe repeti dicimus.... Quoties autem accipientis turpitudo verſatur, repeti poteſt;* L. 3, & L. 4, §. 2, ff. *de condict. ob turp. cauſ.*

44. Il n'eſt pas douteux, ſuivant ce que nous venons d'établir, que ſi j'ai promis quelque choſe à quelqu'un pour commettre un crime; *putà*, pour donner des coups de bâton à quelqu'un qui eſt mon ennemi, je ne ſuis pas obligé dans le for extérieur de tenir cette promeſſe: il y a plus de difficulté à l'égard du for de la conſcience. Grotius II, XI, prétend que ces promeſſes ne ſont pas à la vérité obligatoires tant que le crime n'a pas été commis, & que juſqu'à ce temps celui qui a fait la promeſſe peut s'en dédire en donnant un contre-ordre à celui à qui il l'a faite; mais qu'auſſi-tôt que le crime a été commis, la promeſſe devient obligatoire par le droit naturel, & dans le for de la conſcience. Sa raiſon eſt que cette promeſſe eſt vicieuſe en ce qu'elle eſt un appât au crime; or, ce vice ceſſe lorſque le crime eſt commis & conſommé: le vice de cette promeſſe n'exiſtant plus, rien n'empêche qu'elle ne produiſe ſon effet, qui eſt d'obliger à l'accompliſſement, celui qui l'a faite. Il rapporte l'exemple du Patriarche Juda, qui s'acquitta de la promeſſe qu'il avoit faite à Thamar pour jouir d'elle.

Puffendorf penſe au contraire, qu'une promeſſe faite à quelqu'un pour lui faire commettre un crime, n'eſt pas plus obligatoire après qu'il l'a commis, qu'auparavant; parce que la récompenſe du crime qui renferme l'accompliſſement d'une telle promeſſe, après que le crime a été commis, eſt une choſe qui

n'eſt pas moins contraire au droit naturel & aux bonnes mœurs, que l'invitation au crime. Si après le crime commis; l'accompliſſement de la promeſſe ne peut plus être un appât pour le commettre, il peut encore être un appât pour en commettre d'autres. D'ailleurs, toute obligation ſuppoſe un droit dans la perſonne envers qui elle a été contractée. Lorſque j'ai promis quelque choſe à quelqu'un pour commettre un crime, l'acceptation qu'il a faite de la promeſſe n'eſt pas moins criminelle de ſa part, que la promeſſe même: or, un crime peut-il faire acquérir un droit? Peut-on penſer que la loi naturelle doive favoriſer les ſcélérats juſqu'à leur aſſurer le ſalaire de leurs forfaits. Ces raiſons me déterminent pour l'avis de Puffendorf.

45. Je ſouſcris pareillement à la déciſion qu'il donne enſuite, que ſi j'ai volontairement payé après le crime commis, ce que j'avois promis à quelqu'un pour le commettre, je n'ai pas plus de droit de le répéter, ſelon les regles du for de la conſcience, que ſelon celles du for extérieur, quoique j'aie payé en ce cas une choſe que je ne devois pas. Il eſt bien vrai que la loi naturelle & le droit civil accordent la répétition de ce qu'on a payé ſans le devoir, lorſque le paiement a été fait par erreur: on ſuppoſe en ce cas que le paiement a été fait ſous une eſpece de condition qu'il y auroit lieu à la répétition, au cas qu'on découvrit que la choſe n'étoit pas due: quoique cette condition n'ait pas été formelle, elle étoit virtuelle; elle eſt conforme à la diſpoſition de volonté, en laquelle étoit celui qui a payé: l'équité qui ne permet pas de profiter de l'erreur d'un autre pour s'enrichir à ſes dépens, fait ſuppoſer cette condition; mais on ne peut faire une pareille ſuppoſition dans l'eſpece dont il s'agit. Celui qui paie, paie avec une parfaite connoiſſance de la cauſe pour laquelle il paie; il ne peut par conſéquent retenir aucun droit pour répéter la choſe dont il s'eſt exproprié volontairement, & avec une parfaite connoiſſance de cauſe. Il eſt vrai qu'il eſt contre le droit naturel, que quelqu'un ſoit récompenſé de ſon crime; & que le repentir que doit avoir celui qui l'a commis, doit le porter à abdiquer la récompenſe qu'il en a reçue: mais cela ne forme qu'une obligation imparfaite, telle que celle dont nous avons parlé au commencement de ce Traité, *n.* 1, qui ne donne aucun droit à une autre perſonne.

46. Une promeſſe a-t-elle une cauſe licite, lorſqu'elle eſt faite à quelqu'un pour qu'il donne ou faſſe une choſe qu'il étoit déja obligé de donner ou de faire? Puffendorf diſtingue très-bien ſur cette queſtion, l'obligation *parfaite* & l'obligation *imparfaite*. Lorſque l'obligation n'étoit qu'une obligation imparfaite, la promeſſe a une cauſe licite, & elle eſt obligatoire. Par exemple, ſi j'ai promis quelque choſe à quelqu'un pour qu'il me rendit un ſervice, quoique la reconnoiſſance des bienfaits qu'il avoit reçus de moi, l'obligeât à me rendre ce ſervice gratuitement, néanmoins la promeſſe que je lui ai faite, a une cauſe licite, & elle eſt obligatoire; car n'ayant aucun droit d'exiger de lui ce ſervice, il a pu licitement, quoique indécemment, exiger de moi que je lui promiſe quelque choſe, pour me faire acquérir le droit que je n'avois pas d'exiger ce ſervice.

Au contraire, lorſque l'obligation eſt une obligation *parfaite*, la promeſſe que je fais à mon débiteur de lui donner quelque choſe, pour qu'il faſſe ce qu'il étoit obligé de faire, eſt une promeſſe nulle, & qui a une cauſe illicite,

lorſque c'eſt lui qui a exigé de moi que je lui fiſſe cette promeſſe. Telle eſt celle dont il a été parlé ci-deſſus, qu'un adjudicataire fait à la partie ſaiſie, pour qu'il lui remette les titres du bien qui lui a été adjugé ; car étant obligé de les remettre, c'eſt de ſa part une exaction, que de faire promettre quelque choſe pour cela.

Mais quoique l'obligation ſoit une obligation *parfaite*, ſi la promeſſe que j'ai faite à mon débiteur, pour qu'il fît ce qu'il étoit obligé de faire, eſt une promeſſe que j'ai faite volontairement ſans qu'il l'ait exigée, la promeſſe eſt valable, & a une cauſe licite & honnête ; la cauſe n'étant autre choſe en ce cas qu'une libéralité que j'ai voulu exercer envers lui.

§. VII.

Du défaut de lien dans la perſonne qui promet.

47. Il eſt de l'eſſence des conventions qui conſiſtent à promettre quelque choſe, qu'elles produiſent dans la perſonne qui a fait la promeſſe, une obligation qui l'oblige à s'en acquitter ; d'où il ſuit que n'y ayant rien de plus contradictoire avec cette obligation, que l'entiere liberté qui lui ſeroit laiſſée de faire ou de ne pas faire ce qu'elle a promis, la convention qui lui laiſſeroit cette entiere liberté, ſeroit abſolument nulle par *défaut de lien*. Si donc, par exemple, je convenois avec vous de vous donner une choſe, au cas que cela me plût, la convention ſeroit abſolument nulle.

Les Juriſconſultes Romains penſoient qu'il en étoit autrement de la convention par laquelle quelqu'un promettoit de faire quelque choſe, *lorſqu'il le voudroit*. Ils penſoient que ces termes ne laiſſoient pas au choix de celui qui avoit fait la promeſſe, de faire ou de ne pas faire ce qu'il avoit promis ; qu'ils ne laiſſoient à ſon choix que le temps auquel il le feroit ; & qu'ainſi la convention étoit valable, & obligeoit ſes héritiers, s'il étoit mort avant que de l'avoir accomplie ; L. 46, §. 2, & 3, ff. *de verb. Oblig.* Mais il y a lieu de croire que cette diſtinction ſubtile ne ſeroit point admiſe parmi nous, & que cette convention ne ſeroit pas plus valable que l'autre.

48. Il y a une vraie obligation lorſque je promets de vous donner quelque choſe, *ſi je le juge raiſonnable* : car il n'eſt pas laiſſé à mon choix de vous le donner, ou de ne pas vous le donner, puiſque je ſuis obligé, au cas que cela ſoit raiſonnable ; L. 11, §. 7, *leg.* 3°.

Enfin, quoique j'aie promis une choſe ſous une condition poteſtative, de maniere qu'il dépende de ma volonté de l'accomplir, ou de ne la pas accomplir ; comme ſi je vous ai promis dix piſtoles, en cas que j'allaſſe à Paris, la convention eſt valable ; car il n'eſt pas entiérement en mon pouvoir de ne les pas donner, puiſque je ne puis m'en diſpenſer, qu'en m'abſtenant d'aller à Paris : il y a donc de ma part une obligation & un véritable engagement ; L. 3, ff. *de legat.* 2°.

ARTICLE IV.

Des perſonnes qui ſont capables, ou non, de contracter.

49. L'eſſence de la convention conſiſtant, comme nous l'avons vu, dans le conſentement, il s'enſuit qu'il faut être capable de conſentir, & par conſéquent avoir l'uſage de la raiſon, pour être capable de contracter.

Il eſt donc évident que ni les enfans, ni les inſenſés, ni les fous, pendant que dure leur folie, ne peuvent contracter par eux-mêmes; mais ces perſonnes peuvent contracter par le miniſtere de leurs tuteurs ou curateurs, comme nous le verrons en l'article ſuivant, §. 4.

Il eſt évident que l'ivreſſe, lorſqu'elle va juſqu'au point de faire perdre l'uſage de la raiſon, rend la perſonne qui eſt en cet état, pendant qu'il dure, incapable de contracter, puiſqu'elle la rend incapable de conſentement.

Les Corps & Communautés, les Fabriques, les Hôpitaux, *&c.* qui ne ſont que perſonnes civiles, ne peuvent contracter par eux-mêmes; mais ils peuvent contracter par le miniſtere de leurs Syndics ou Adminiſtrateurs.

50. Il y a des perſonnes qui, étant par la nature capables de contracter, en ſont rendues incapables par la loi civile. Telles ſont, dans le pays coutumier, les femmes mariées, lorſqu'elles ne ſont pas autoriſées de leurs maris, ou par Juſtice: car c'eſt un effet de la puiſſance maritale, que la femme ne puiſſe rien faire que dépendamment de lui, & autoriſée par lui: d'où il ſuit que ſans cette autoriſation, elle eſt incapable de faire aucune convention, & qu'elle ne peut ni s'obliger envers les autres, ni obliger les autres envers elle. Nous avons traité cette matiere en notre Introduction au titre 10 de la Coutume d'Orléans, *chap.* 8.

Ce n'eſt auſſi que la loi civile qui rend les interdits pour cauſe de prodigalité, incapables de s'obliger en contractant: car ces perſonnes ſavent ce qu'elles font; le conſentement qu'elles donnent, eſt un vrai conſentement, ce qui ſuffit pour former un contrat.

51. Delà naît une différence entre ces interdits, & ceux qui ſont interdits pour folie. Tous les contrats prétendus faits par un fou, quoiqu'avant ſon interdiction, ſont nuls, ſi on peut juſtifier que dès le temps du contrat il étoit fou; car c'eſt ſa folie, qui ſeule & par elle-même le rend incapable de contracter, indépendamment de la ſentence d'interdiction, qui ſert ſeulement à conſtater ſa folie: au contraire, les contrats faits par un prodigue avant ſon interdiction, ſont valables, quoiqu'il fût dès-lors prodigue; car ce n'eſt que la ſentence d'interdiction qui le rend incapable de contracter.

Néanmoins ſi j'avois contracté avec un prodigue, quoiqu'avant ſon interdiction, en achetant de lui quelque choſe, ou en lui prêtant de l'argent, ayant connoiſſance qu'il ne vendoit ou n'empruntoit que pour employer incontinent à ſes débauches le prix de la choſe ou la ſomme prêtée, le contrat ſeroit nul dans le for de la conſcience, & je ne pourrois en conſcience retenir la choſe qu'il m'a vendue, ni exiger de lui la ſomme que je lui ai prêtée: car en lui fourniſſant ſciemment de l'argent pour perdre en débauches, je lui ai cauſé un tort qui m'oblige envers lui à le réparer, en n'exigeant pas de lui la ſomme

qu'il a reçue de moi pour la perdre en débauches, & en lui rendant la choſe qu'il m'a vendue. Cela eſt conforme à ce qui eſt dit en la fin de la Loi 8, ff. *pro empt.* qu'on ne doit pas regarder comme acheteur de bonne foi, celui qui a acheté quelque choſe d'un libertin, ayant connoiſſance qu'il ne vendoit que pour en porter le prix à des femmes de mauvaiſe vie : *niſi fortè is qui à luxurioſo, & protinùs ſcorto daturo pecuniam, ſervos emit, non uſucapiet.*

Ces déciſions ſont bonnes pour le for de la conſcience; mais dans le for extérieur une perſonne majeure & non interdite, ne ſeroit pas recevable à ſe pourvoir contre une vente ou un emprunt qu'elle auroit fait, en diſant que celui avec qui elle a contracté, ſçavoit qu'elle ne vendoit ou empruntoit, que pour perdre l'argent en débauches.

52. Ce n'eſt auſſi que le Droit Civil qui infirme les obligations que des mineurs, ſous puiſſance de tuteur, contractent ſans l'autorité de leur tuteur, lorſqu'au temps du contrat, ils ſont dans un âge aſſez avancé, & ont un uſage ſuffiſant de leur raiſon, pour comprendre toute l'étendue de l'engagement qu'ils contractent. C'eſt pourquoi les mineurs peuvent bien, même dans le for de la conſcience, uſer du bénéfice des lettres de reſciſion que les Loix leur accordent, contre les contrats dans leſquelles ils ont été léſés, l'équité naturelle ne permettant pas que celui qui a contracté avec eux, profite de leur défaut d'expérience; mais ils ne peuvent dans le for de la conſcience avoir recours au bénéfice de ces lettres, qui leur eſt offert dans le for extérieur, pour ſe diſpenſer de rendre un argent qu'ils ont reçu & qu'ils ont diſſipé, lorſqu'au temps qu'ils ont contracté ils avoient un uſage ſuffiſant de leur raiſon; & pourvu que celui qui leur a prêté l'argent, ait fait le prêt de bonne foi, ſans prévoir qu'ils employeroient en folles dépenſes l'argent qu'il leur prêtoit. C'eſt le ſentiment de la Placette, cité par Barbeyrac en ſes notes ſur Puffendorf.

Il nous reſte à obſerver une différence entre l'incapacité des interdits & des mineurs, & celle des femmes qui ſont ſous puiſſance de mari. Celles-ci ſont abſolument incapables de contracter ſans être autoriſées; elles ne peuvent pas plus, ſans cela, obliger les autres envers elles en contractant, que s'obliger elles-mêmes. Elles ne peuvent pas même accepter une donation qui leur ſeroit faite; Ordonnance de 1731, *art.* 9 : au contraire, les interdits pour prodigalité, & les mineurs qui commencent à avoir quelque uſage de raiſon, ſont plutôt incapables de s'obliger en contractant, qu'ils ne ſont incapables abſolument de contracter : ils peuvent, en contractant ſans l'autorité de leur tuteur, ou curateur, obliger les autres envers eux, quoiqu'ils ne puiſſent s'obliger envers les autres : *Placuit meliorem conditionem licere eis facere etiam ſine tutoris autoritate*, Inſtit. tit. de autor. tut. *Is cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit*, L. 6, ff. *de verb. oblig.* La raiſon de cette différence eſt que la puiſſance des tuteurs & des curateurs n'eſt établie qu'en faveur des mineurs & des interdits : l'aſſiſtance des tuteurs & curateurs n'eſt requiſe, lorſque ces perſonnes contractent, que pour l'intérêt de ces perſonnes, & dans la crainte qu'elles ne ſoient trompées; c'eſt pourquoi elle devient ſuperflue toutes les fois qu'elles font leur condition meilleure. Au contraire, la puiſſance du mari, ſous laquelle eſt la femme, n'étant pas établie en faveur de la femme, mais en faveur de ſon

mari, le beſoin qu'elle a de requérir l'autoriſation de ſon mari pour contracter, n'étant pas requis pour l'intérêt de la femme, mais comme une déférence qu'elle doit à ſon mari, elle ne peut contracter en aucune maniere, ſoit à ſon avantage, ſoit à ſon déſavantage, ſans l'autorité de ſon mari.

L'Ordonnance de 1731, n'a donné aucune atteinte au principe que nous venons d'établir, qu'un mineur peut, ſans l'autorité de ſon tuteur, faire ſa condition meilleure; & c'eſt mal-à-propos que Furgole ſoutient que, ſuivant l'article 7 de cette Ordonnance, les mineurs ne peuvent plus, ſans l'autorité de leurs tuteurs, accepter les donations qui leur ſont faites. Cet article n'a décidé autre choſe, ſinon que les pere, mere & autres aſcendans, ſans être tuteurs de leurs enfans, & ſans avoir par conſéquent aucune qualité pour gérer leurs affaires, pouvoient néanmoins accepter les donations faites à leurs enfans mineurs, auſſi valablement que le peut un tuteur, l'affection naturelle ſuppléant en cela à la qualité qui leur manque. Mais de ce que l'Ordonnance permet par cet article à ces perſonnes d'accepter les donations faites à leurs enfans, il ne s'enſuit pas qu'elle défende aux mineurs de les accepter par eux-mêmes, lorſqu'ils ont l'uſage de la raiſon. *Voyez* notre Introduction au titre des Donations de la Coutume d'Orléans, *n.* 31.

ARTICLE V.

De ce qui peut être l'objet des Contrats. Que ce n'eſt peut-être qu'une choſe qui concerne les parties contractantes, ſuivant la regle, qu'on ne peut valablement ſtipuler ni promettre que pour ſoi.

53. Les contrats ont pour objet, ou des choſes que l'une des parties contractantes ſtipule qu'on lui donnera, & que l'autre partie promet de lui donner, ou quelque fait que l'une des parties contractantes ſtipule que l'on fera, ou qu'on ne fera pas, & que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire.

Quelles ſont les choſes que l'une des parties peut ſtipuler qu'on lui donne, & que l'autre partie peut s'engager de donner? Quels ſont les faits que l'une des parties peut ſtipuler qu'on faſſe ou qu'on ne faſſe pas, & que l'autre partie peut s'engager de faire ou de ne pas faire? C'eſt ce que nous verrons *infrà*, *chap.* 2, *art.* 2, où nous traiterons de ce qui peut être l'objet des obligations: nous y renvoyons pour ne pas répéter.

Nous nous contenterons de développer ici un principe touchant ce qui peut être l'objet des contrats. Ce principe eſt qu'il n'y a que ce que l'une des parties contractantes ſtipule pour elle-même, & pareillement qu'il n'y a que ce que l'autre partie promet pour elle-même, qui puiſſe être l'objet d'un contrat: *Alteri ſtipulari nemo poteſt.* Inſtit. de inut. ſtipul. §. 18, *nec paciſcendo, nec legem dicendo, nec ſtipulando, quiſquam alteri cavere poteſt; L.* 73, §. *fin. ff. de R. J.* verſâ vice *qui alium factûrum promiſit, videtur in eâ eſſe causâ ut non teneatur niſi pœnam ipſe promiſerit.* Inſtit. *D. T.* §. 20. *Alius pro alio promittens daturum factûrumve non obligatur; nam de ſe quemque promittere oportere.* L. 83, ff. *de v. oblig.*

Pour développer ce principe, nous verrons dans un premier paragraphe quelles en ſont les raiſons. Dans un ſecond, nous rapporterons pluſieurs cas dans leſquels nous ſtipulons & promettons effectivement pour nous-memes, quoique la convention faſſe mention d'une autre. Dans un troiſieme, nous remarquerons que ce qui concerne un autre que les parties contractantes, peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il n'en puiſſe pas être l'objet. Dans un quatrieme, nous obſerverons qu'on peut contracter par le miniſtere d'un tiers, & que ce n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre.

§. I.

Quelles ſont les raiſons du principe, qu'on ne peut ſtipuler ni promettre pour un autre.

54. Lorſque j'ai ſtipulé quelque choſe de vous pour un tiers, la convention eſt nulle; car vous ne contractez par cette convention aucune obligation ni envers ce tiers, ni envers moi. Il eſt évident que vous n'en contractez aucune envers ce tiers; car c'eſt un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, & qu'elles ne peuvent par conſéquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y étoit pas partie, comme nous le verrons ci-après: vous ne contractez non plus par cette convention aucune obligation civile envers moi; car ce que j'ai ſtipulé de vous pour ce tiers, étant quelque choſe à quoi je n'ai aucun intérêt qui puiſſe être appréciable à prix d'argent, il ne peut réſulter aucuns dommages & intérêts envers moi, du manquement de votre promeſſe; vous y pouvez donc manquer impunément: or, rien n'eſt plus contradictoire avec l'obligation civile, que le pouvoir d'y contrevenir impunément; c'eſt ce que veut dire Ulpien, lorſqu'il dit: *Alteri ſtipulari nemo poteſt, inventæ ſunt enim obligationes ad hoc ut unuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt; cæterum ut alii detur, nihil intereſt mea.* L. 38, §. 17, ff. *de verb. obl.*

55. Cette premiere partie de notre principe, qu'il n'y a que ce que l'une des parties ſtipule pour elle-même, qui puiſſe être l'objet d'une obligation, n'a lieu que dans le for extérieur, & à l'égard des obligations civiles: mais dans le for de la conſcience, lorſque je ſuis convenu avec vous, que vous donneriez quelque choſe à un tiers, ou que vous feriez quelque choſe en faveur d'un tiers, la convention eſt valable. Quoique l'intérêt que j'y prends ne ſoit pas un intérêt appréciable à prix d'argent, il ne laiſſe pas d'être un véritable intérêt: *hominis enim intereſt, alterum hominem beneficio affici*; & cet intérêt de pure affection pour ce tiers, me donne un droit ſuffiſant pour exiger de vous dans le for de la conſcience, l'accompliſſement de la promeſſe que vous m'avez faite pour ce tiers, & pour vous rendre coupable, ſi vous refuſez de l'accomplir, lorſque vous avez le pouvoir de le faire, & que le tiers veut bien accepter ce que vous m'avez promis de lui donner. Il eſt vrai que mon intéret n'étant pas appréciable à prix d'argent, & ne pouvant par conſéquent être l'objet d'une condamnation, je ne pourrai exiger de vous dans les Tribunaux, aucuns intérêts ni dommages, ſi vous manquez à votre promeſſe; mais ce

pouvoir que vous avez d'y manquer impunément dans le for extérieur, eſt un obſtacle à l'obligation civile, & il n'empêche pas l'obligation naturelle; *Grotius, l. 2, c. 11, n. 18.*

Obſervez que l'obligation naturelle qui réſulte de cette convention, par laquelle j'ai ſtipulé que vous donneriez quelque choſe à un tiers, eſt une obligation qui eſt contractée envers moi, & non pas envers ce tiers, lorſque c'eſt en mon nom, & non au nom du tiers que je ſuis convenu de cela avec vous. C'eſt pourquoi je puis vous en décharger ſans le conſentement de ce tiers; *Grotius, ibid. Puffendorf.*

Mais ſi c'étoit au nom du tiers comme ayant charge & me faiſant fort de lui, que nous ſerions convenus que vous lui donneriez, ou feriez pour lui quelque choſe, ce ſeroit ce tiers qui ſeroit cenſé avoir contracté avec vous par mon miniſtere, & non pas moi; *Voyez infrà* §. 4.

56. La ſeconde partie de ce principe, qu'on ne peut promettre que pour ſoi-même, eſt évidente; car lorſque j'ai promis qu'un autre vous donneroit quelque choſe ou feroit quelque choſe, ſans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers ni moi. Elle ne peut obliger le tiers; car il n'eſt pas en mon pouvoir d'obliger un autre ſans ſon fait. Elle ne m'oblige pas non plus: car puiſqu'on ſuppoſe que j'ai promis pour un autre & non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger.

Au reſte, on préſume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donneroit, ou feroit quelque choſe, n'a pas entendu, *purè de alio promittere*, mais qu'il a entendu promettre auſſi *de ſe*, c'eſt-à-dire, promettre qu'il ſe faiſoit fort de ce tiers, quoique cela ne ſoit pas exprimé.

En ce cas la convention eſt valable, & elle oblige celui qui a promis, aux dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de ce dont il s'eſt fait fort; *L. 81, ff. de verb. oblig.*

Lorſqu'en promettant le fait d'un autre, vous vous ſoumettez à payer une certaine peine, ou même ſimplement aux dommages & intérêts en cas d'inexécution, il n'eſt pas douteux qu'en ce cas vous n'avez pas entendu promettre ſimplement le fait d'un autre, *& de alio tantùm promittere*; mais que vous avez entendu vous faire fort de lui, *& de te promittere.* C'eſt pourquoi Ulpien dit: *ſi quis velit alienum factum promittere, pœnam vel quanti ea res eſt, poteſt promittere;* L. 38, §. 2, ff. *d. t.*

§. II.

Pluſieurs cas dans leſquels nous ſtipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention faſſe mention d'un autre.

PREMIER CAS.

57. Ce n'eſt pas ſtipuler pour un autre, que de dire que la choſe ou la ſomme que je ſtipule ſera délivrée ou payée à un tiers déſigné par la convention. Par exemple, ſi par le contrat je vous vends un tel héritage pour la ſomme de mille livres, *que vous payerez à Pierre*, je ne ſtipule point pour un

autre ; c'eſt pour moi & non pour Pierre que je ſtipule cette ſomme de mille livres : Pierre n'eſt dans la convention que comme une perſonne à qui je donne pouvoir de la recevoir pour moi & en mon nom ; c'eſt ce que les Romains appelloient, *adjectus ſolutionis gratiâ*, dont nous traiterons *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 2, §. 4.

Ce n'eſt pas en ſa perſonne, mais en la mienne que réſide la créance de cette ſomme. Lorſqu'il la reçoit, c'eſt de ma part & en mon nom qu'il la reçoit ; & en la recevant, il ſe forme entre lui & moi, ou un contrat de *mandat*, ſi mon intention étoit qu'il m'en rendît compte, ou une *donation*, ſi mon intention étoit de la lui donner.

Second Cas.

58. Ce n'eſt pas ſtipuler pour un autre, mais pour moi, quoique je ſtipule qu'on fera quelque choſe pour un tiers, ſi j'ai un intérêt perſonnel & appréciable à prix d'argent que cela ſe faſſe ; *putà*, ſi je ſuis moi-même obligé envers ce tiers à le faire. Par exemple, ſi m'étant obligé envers Jacques à lui reconſtruire, dans l'eſpace d'un certain temps, ſa maiſon qui menace ruine, & ayant d'autres ouvrages à faire, je fais marché avec un Maçon, pour qu'il reconſtruiſe dans ledit temps la maiſon de Jacques, je ſuis cenſé ſtipuler plutôt pour moi que pour Jacques, & la convention eſt valable : car étant obligé envers Jacques à cette reconſtruction, & tenu de ſes dommages & intérêts, ſi elle ne ſe fait pas dans le temps marqué, j'ai un vrai intérêt perſonnel qu'elle ſe faſſe. C'eſt pourquoi en ſtipulant qu'on reconſtruiſe la maiſon de Jacques, ce n'eſt que *verbo tenus* en ce cas que je ſtipule pour Jacques, *re ipsâ* & dans la vérité, je ſtipule pour moi & à mon profit ; *ſi ſtipuler alii cùm mea intereſſet.... ait Marcellus, ſtipulationem valere ;* L. 38, §. 20, 21, 22, ff. *de verb. obligat.*

59. Quand même avant le marché que j'ai fait avec le Maçon pour la reconſtruction de la maiſon de Jacques, je n'aurois pas été obligé envers Jacques à lui reconſtruire ſa maiſon, & que je n'aurois eu par conſéquent aucun intérêt perſonnel à cette reconſtruction, néanmoins comme par ce marché que j'ai fait, je gere les affaires de Jacques, & que je lui deviens en conſéquence comptable de cette geſtion, dans le temps même de la convention, que j'ai avec le Maçon pour la conſtruction de la maiſon, je commence à avoir intérêt à cette reconſtruction dont je ſuis comptable envers Jacques : d'où il ſuit que même en ce cas je ſuis cenſé ſtipuler pour moi plutôt que pour Jacques, & que la convention eſt valable ; puiſque j'ai un intérêt perſonnel, que le Maçon faſſe bien ce que j'ai ſtipulé qu'il fît.

60. Mais ſi je ſtipule en mon nom qu'on faſſe quelque choſe pour un tiers, ſans qu'avant le temps de la convention j'aie eu, & ſans que j'aie encore au temps de la convention aucun intérêt perſonnel que cela ſe faſſe, c'eſt en ce cas vraiment ſtipuler pour un autre, & une telle convention n'eſt pas valable dans le for extérieur. Par exemple, ſi par un pur intérêt d'affection pour Jacques, j'ai convention avec le propriétaire de la maiſon qui eſt vis-à-vis les fenêtres de Jacques, qu'il fera blanchir le devant de ſa maiſon pour éclairer les

chambres de Jacques, cette convention ne donnera aucun droit ni à Jacque qui n'y étoit pas partie, ni à moi qui n'ayant aucun intérêt perſonnel & appréciable à prix d'argent à l'exécution de cette convention, ne puis prétendre aucuns dommages & intérêts réſultans de ſon inexécution.

Troisieme Cas.

61. C'eſt ſtipuler ou promettre pour nous-mêmes & non pour autrui, lorſque nous ſtipulons ou promettons pour nos héritiers, puiſqu'ils ſont en quelque façon la continuation de nous-mêmes : *heres perſonam defuncti ſuſtinet.* C'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux, que nous pouvons ſtipuler pour nos héritiers, *heredi cavere conceſſum eſt ;* L. 10, ff. *de Pact. dot. ;* L. 38, §. 14, ff. *de verb. oblig.*

62. Obſervez que nous ſtipulons valablement, lorſque nous ſtipulons pour nos héritiers en tant que nos héritiers : mais ſi nous ſtipulons pour un tel, quand même ce tel par la ſuite deviendroit notre héritier, la ſtipulation ne ſeroit pas pour cela valable ; *L.* 17, §. 4, ff. *de pact.*

Julien a porté la rigueur de ce principe, juſqu'à décider que lorſqu'un débiteur étoit convenu avec ſon créancier, qu'il n'exigeroit pas la ſomme qui lui étoit due, ni de lui, ni d'une telle ſa fille, la ſtipulation n'étoit pas valable par rapport à ſa fille, quoiqu'elle ſoit devenue héritiere du débiteur ; *d.* §. 4. Bruneman *ad d. L.* eſt d'avis, avec raiſon, que cette déciſion trop littérale ne doit pas être ſuivie : car lorſque je ſtipule de mon créancier qu'il n'exigera ni de moi, ni de ma fille une telle, la ſomme que je lui dois, il eſt viſible que je ſtipule cela pour ma fille, dans le cas auquel elle en ſeroit débitrice. Or, elle ne le deviendra qu'en devenant mon héritiere : je ſtipule donc cela pour le cas auquel ma fille ſera devenue mon héritiere, & par conſéquent je ſuis cenſé ſtipuler pour ma fille en ſa future qualité de mon héritiere, quoique cela ne ſoit pas exprimé.

On peut d'autant plus s'écarter de cette déciſion de Julien, qu'il paroît que les Juriſconſultes Romains n'ont pas été d'un ſentiment unanime ſur cette queſtion ; Celſe paroît avoir penſé différemment en la loi 33, ff. *de pact.*

63. Non-ſeulement nous pouvons valablement ſtipuler pour nos héritiers, mais nous ſommes cenſés ordinairement l'avoir fait, quoique cela ne ſoit pas exprimé : *qui paciſcitur, ſibi, heredique ſuo paciſci intelligitur.*

Cette regle ſouffre exception. 1°. Lorſque ce qui fait l'objet de la convention, eſt un fait qui eſt perſonnel à celui envers qui l'obligation eſt contractée ; comme lorſque je fais marché avec un Barbier qu'il viendra me raſer deux fois la ſemaine à ma campagne pendant la vacance. 2°. Elle reçoit exception à l'égard de la clauſe des contrats de mariage, par laquelle la femma ſtipule la repriſe de ſon apport, en cas de renonciation à la communauté. Nous avons traité amplement de cette clauſe en notre Introduction au titre de la Communauté de la Coutume d'Orléans ; *c.* 2, *art.* 2, §. 5. 3°. Enfin, lorſqu'on s'eſt expliqué clairement par la convention, que celui qui s'obligeoit ne s'obligeoit qu'envers la perſonne avec laquelle il contractoit, & non envers les héritiers ; mais il faut que cela ſoit expliqué clairement dans la convention. Au reſte, de ce que la perſonne envers qui je contracte quelqu'engagement eſt nommée par la convention, il ne s'enſuit pas que l'intention des parties ait été de reſtrein-

dre à ſa perſonne le droit qui en réſulte ; on doit penſer au contraire qu'elle n'eſt nommée que pour marquer avec qui la convention eſt faite : *plerumque perſona pacto inſeritur, non ut perſonale pactum fiat, ſed ut demonſtretur cum quo pactum fiat ;* L. 7, §. 8, *Wiſſembach ad tit. ff. de pact.* n. 7.

64. Nous pouvons auſſi reſtreindre notre ſtipulation à l'un d'entre nos héritiers : *non obſtat uni tantùm ex heredibus provideri, ſi heres factus ſit, cæteris autem non conſuli ;* L. 33, ff. *de pact.* Par exemple, ſi j'étois convenu avec mon créancier qu'il ne pourroit exiger ſa dette, ni de moi ni de ma fille une telle, & que je laiſſaſſe pour héritiers cette fille & un fils, la convention n'auroit d'effet que par rapport à ma fille, comme y étant ſeule compriſe, & le créancier pourroit exiger ſa dette de mon fils pour la part (1) pour laquelle il eſt mon héritier ; *d. L.* 33.

Il ne faut néanmoins, de ce qu'une perſonne a ſtipulé nommément pour un tel ſon héritier, en inférer toujours que l'intention des parties contractantes a été de reſtreindre la ſtipulation à cette perſonne. Il y a bien lieu de l'inférer, ſi lors de la convention, celui qui a ſtipulé de cette maniere, ſçavoit devoir avoir d'autres héritiers : car en ce cas il ne paroît pas d'autre raiſon pour laquelle il auroit ſtipulé nommément pour un tel, que celle de reſtreindre la ſtipulation à ce tel. Au contraire, ſi celui qui a ſtipulé pour un tel ſon héritier, avoit, lors de la convention, lieu de croire, que ce tel devoit être un jour ſon héritier unique, il y a en ce cas lieu de penſer que ce n'eſt que par pure énonciation que ce tel a été nommé dans la convention, & non dans la vue de reſtreindre à ſa perſonne l'effet de la ſtipulation : c'eſt ce que Papinien enſeigne dans l'eſpece ſuivante.

Ayant marié ma fille, à qui j'avois promis une dot dont je faiſois rente, dans la penſée où j'étois que je n'aurois pas d'autres enfans que cette fille qui ſe trouvoit pourvue, & dans le deſſein où j'étois d'inſtituer un jour mon frere pour mon unique héritier, j'ai ſtipulé par la conſtitution de dot, qu'au cas où ma fille mourroit ſans enfans pendant le mariage, (auquel cas la dot, ſelon le droit du Digeſte, étoit acquiſe en entier au mari,) mon frere mon héritier, pourroit retenir la dot pour moitié ; depuis m'étant ſurvenu d'autres enfans que j'ai laiſſés pour mes héritiers, & le cas de la mort de ma fille ſans enfans durant ſon mariage étant arrivé, il y a eu queſtion ſi mes enfans mes héritiers, pouvoient, en vertu de la convention, retenir la moitié de la dot. La raiſon de douter ſe tiroit de ce que la ſtipulation étoit faite nommément pour mon frere, d'où il pouvoit paroître qu'elle étoit reſtreinte à ſa perſonne, & au cas où il auroit été mon héritier. Mais Papinien décide que mes enfans ſont fondés à retenir la moitié de la dot, en vertu de la convention ; parce qu'en ſtipulant cette rétention au profit de mon frere mon héritier, j'étois cenſé par ce terme, *mon héritier*, l'avoir ſtipulée au profit de mes héritiers quels qu'ils fuſſent, & n'avoir nommé mon frere qu'*enuntiativè*, & pour marquer qu'il étoit celui que je croyois devoir être mon héritier. *Ea conventio liberis poſteà ſuſceptis & heredibus teſtamento relictis proderit, cùm inter contrahentes id actum ſit,*

(1) C'eſt mal-à-propos que la Gloſſe dit que le créancier pourra lui demander le total ; Cujas a relevé cette erreur.

ut

ut heredibus conſulatur, & illo tempore quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuum judicium ſupremum contuliſſe videatur; L. 40, §. *fin.* ff. *de pact.* C'eſt pourquoi Cujas *ad Papinian.* ſur cette loi, penſe que cette déciſion auroit lieu, quels qu'euſſent été les héritiers que j'aurois laiſſés, quand même ce n'euſſent pas été mes enfans.

Il reſte à obſerver qu'on peut bien, lorſque je ſtipule de mon créancier qu'il n'exigera pas ce que je lui dois, reſtreindre la convention à l'un de mes héritiers, à l'effet qu'il n'y ait que lui qui ſoit déchargé de la dette pour la part dont il en avoit été tenu, comme nous l'avons vu *ſuprà;* mais lorſque je ſtipule de quelqu'un qu'il me donnera une certaine ſomme d'argent, ou quelqu'autre choſe diviſible, je ne puis pas reſtreindre la convention à l'un de mes héritiers, à l'effet de faire paſſer pour le total à lui ſeul la créance qui réſulte de la convention. *Sciendum eſt quod dari ſtipulemur, non poſſe per nos uni ex heredibus adquiri, ſed neceſſe eſt omnibus adquiri* (1), L. 137, §. *fin* ff. *de verb. oblig.*

65. C'eſt une conſéquence de notre principe, que nous ne pouvons ſtipuler valablement pour quelqu'un, qu'entant qu'il ſera un jour notre héritier, & dans la qualité de notre héritier qu'il doit avoir un jour : d'où il ſuit qu'il ne peut nous ſuccéder pour le total au droit qui réſulte de cette convention; mais pour la part ſeulement pour laquelle il ſera notre héritier.

Il en eſt autrement à l'égard des conventions qui ont pour objet quelque choſe d'indiviſible, telles que ſont la plupart de celles qui ſont *in faciendo.* Car comme dans ces conventions chacun des héritiers ſuccede pour le total à la créance qui en réſulte, par la nature de cette créance qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, je puis, en ſtipulant nommément pour un tel, l'un de mes héritiers, le faire ſuccéder ſeul pour le total à la créance qui en réſulte; *at cum quid fieri ſtipulamur, unius perſonam rectè comprehendi;* d. L. 137, §. 8. Par exemple, ſi dans la vente d'un héritage que j'ai faite à un Peintre, il y avoit une clauſe portant que par forme de pot-de-vin, il s'obligeoit envers moi & envers un tel, l'un de mes enfans & héritiers futurs, de nous faire un tableau de la circonciſion de N. S. d'une telle hauteur, & que je fuſſe mort avant qu'il ſe fut acquitté envers moi de cette obligation, celui de mes enfans qui eſt nommé dans la convention, ſuccéderoit ſeul pour le total à cette créance contre le Peintre; ſauf néanmoins que dans nos Coutumes, qui ne permettent pas à un pere d'avantager l'un de ſes enfans venant à la ſucceſſion plus que les autres, il ſeroit obligé d'en récompenſer ſes cohéritiers pour leurs parts.

66. De même que nous ſommes cenſés ſtipuler pour nos héritiers tout ce que nous ſtipulons, de même nous ſommes cenſés promettre pour nos héritiers, & les engager à tout ce que nous promettons; à moins que ce qui fait l'objet

(1) Ce qui eſt dit *ſed neceſſe eſt omnibus adquiri*, doit s'entendre du cas auquel la reſtriction à l'un des héritiers n'a été faite que dans la vue de faire paſſer à cet héritier, à l'excluſion des autres, le total de la créance, & non dans la vue de décharger le débiteur : mais je puis valablement convenir, que ſi je n'ai pas exigé la dette de mon vivant, mon débiteur n'en ſera tenu après ma mort que pour la part à laquelle ſuccédera l'un de mes héritiers, & qu'il en ſera déchargé pour les parts de mes autres héritiers.

de notre obligation, ne ſoit un fait qui nous ſoit perſonnel, ou qu'il y ait une clauſe à ce contraire.

Pareillement, dans les obligations diviſibles, de même que nous ne pouvons ſtipuler pour quelqu'un qu'autant & pour la part qu'il ſera notre héritier, de même nous ne pouvons obliger quelqu'un de nos héritiers que pour la part pour laquelle il ſera notre héritier. C'eſt pourquoi inutilement un débiteur comprendroit-il nommément dans la convention un tel qui doit être l'un de ſes héritiers; car il ne ſera tenu de la dette que comme les autres héritiers qui n'y ont pas été compris: *Te & Titium heredem tuum decem daturum ſpondes? Titii perſona ſupervacuè comprehenſa eſt; ſive enim ſolus heres extiterit, in ſolidum tenebitur: ſive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus*, L. 56, §. 1, ff. *de verb. obl.*

Quatrieme Cas.

67. Ce que nous ſtipulons par rapport à une choſe qui nous appartient; nous le pouvons valablement ſtipuler, non-ſeulement pour nous & nos héritiers, mais pour tous nos ſucceſſeurs à titre ſingulier à cette choſe, leſquels ſont compris ſous le terme d'*ayant-cauſe*, uſité dans les contrats; ce n'eſt point en ce cas ſtipuler pour un autre. . . Par exemple, je puis valablement convenir, que vous ne ferez jamais valoir contre moi, ni contre mes héritiers *ou ayant-cauſe*, les droits de la ſubſtitution qui pourroit être un jour ouverte à votre profit, par rapport à un tel héritage; & cette convention a effet, même par rapport à ceux qui acquerroient par la ſuite de moi cet héritage à titre ſingulier.

Cela eſt indubitable à l'égard de ceux qui l'acquerroient à titre onéreux: car étant tenu envers eux à la garantie, j'ai intérêt que vous ne leur apportiez aucun trouble dans cet héritage, ce qui ſuffit pour que ce que je ſtipule pour eux, je ſois cenſé le ſtipuler pour moi, *ſuprà*, n°. 58. Mais la déciſion a lieu auſſi à l'égard de ceux qui acquerroient de moi par la ſuite à titre de donation, *L.* 17, §. 5, ff. *de pact.* quoique je ne ſois pas tenu envers eux de la garantie; car l'intérêt que j'ai de conſerver la libre diſpoſition de ma choſe, eſt ſuffiſant, pour que je puiſſe valablement convenir avec vous que vous ne ferez aucun trouble à ceux envers qui je jugerai à propos d'en diſpoſer, à quelque titre que ce ſoit.

68. Dans cette convention & les autres ſemblables, que nous faiſons par rapport aux choſes qui nous appartiennent, non-ſeulement nous pouvons ſtipuler valablement pour nos ayant-cauſe, mais nous ſommes cenſés l'avoir fait, quoique cela ne ſoit point exprimé, ſoit que la convention ſoit conçue *in rem*, comme lorſqu'il eſt dit par une tranſaction paſſée entre nous, que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir les prétentions que vous pourriez avoir par rapport à un tel héritage*, ſans dire contre qui, ſoit que la convention ſoit conçue *in perſonam*, comme lorſqu'il eſt dit que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir contre* MOI *vos prétentions, par rapport à un tel héritage*: en l'un & l'autre cas, je ſuis cenſé avoir ſtipulé pour tous mes ſucceſſeurs, même à titre de donation. *Pactum conventum cum venditore, ſic in rem conſtituatur, ſecundùm Proculi ſententiam, & emptori prodeſt. . . . Secundùm autem Sabini*

ſententiam, etiamſi in perſonam conceptum eſt, & in emptorem valet, qui hoc eſſe exiſtimat, etſi per donationem ſucceſſio facta ſit; L. 17, §. 5, ff. *de pact.* La raiſon eſt qu'en ſtipulant *pour moi*, je ſuis cenſé ſtipuler pour tous ceux qui me repréſentent : or, non-ſeulement mes héritiers, mais tous ceux qui me ſuccéderont médiatement, ou immédiatement, & à quelque titre que ce ſoit, à l'héritage qui a fait l'objet de la convention, me repréſentent par rapport à cet héritage.

69. Que ſi j'avois ſtipulé nommément pour *mes héritiers*, je ne ſerois pas cenſé avoir étendu ma ſtipulation à mes ayant-cauſe, c'eſt-à-dire, à ceux qui me ſuccéderoient à titre ſingulier : en ce cas, *incluſio unius, fit excluſio alterius;* l'expreſſion de *mes héritiers*, exclut les autres ſucceſſeurs. Par exemple, ſi par une tranſaction avec le Seigneur de qui mon héritage releve en fief, je ſuis convenu avec lui que toutes les fois que mon fief tomberoit en rachat, il ne pourroit exiger de *mes héritiers* plus d'une piſtole pour ſon droit de rachat, cette convention ne profitera pas à des tiers, qui auroient acquis de moi, ou de mes héritiers, à titre ſingulier. Il en ſeroit autrement, ſi dans la clauſe il n'étoit pas parlé d'héritiers, & qu'il fût dit indéfiniment, que toutes les fois que le fief tomberoit en rachat, le Seigneur ne pourroit exiger plus d'une piſtole ; ou qu'après le terme d'*héritiers*, on eût ajouté un *&c.* ; en l'un & l'autre cas, la clauſe s'étendroit à tous les ayant-cauſe.

§. III.

Que ce qui concerne une autre perſonne, que les parties contractantes, peut être le mode, ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puiſſe pas en être l'objet.

70. Donner à un tiers ; faire quelque choſe pour un tiers, & généralement tout ce qui ne concerne point l'intérêt perſonnel de la partie qui le ſtipule, ne peut à la vérité être l'objet du contrat, mais cela peut être *in conditione aut in modo.*

Ainſi je ne puis pas à la vérité ſtipuler utilement en mon nom, que vous ferez préſent à Jacques du *Theſaurus* de Meerman ; parce que c'eſt ſtipuler pour autrui ; c'eſt ſtipuler une choſe à laquelle je n'ai aucun intérêt : mais je peux utilement ſtipuler, que ſi dans un tel temps vous ne faites pas préſent à Jacques du *Theſaurus* de Meerman, vous me payerez vingt piſtoles pour le pot-de-vin d'un marché que nous faiſons enſemble ; car en ce cas, le préſent que vous devez faire à Jacques, n'eſt qu'une condition : l'objet de la ſtipulation eſt que vous me donnerez la ſomme de vingt piſtoles ; & cette ſomme que je ſtipule, eſt une choſe que je ſtipule pour moi & que j'ai intérêt d'avoir. Cela eſt conforme à ce qu'enſeigne Juſtinien, *Tit. de inut. ſtipul.* §. 20. *Alteri ſtipulari nemo poteſt . . . planè ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei cujus nihil intereſt.*

71. Ce qui concerne l'intérêt d'un tiers, peut auſſi être *in modo* ; c'eſt-à-dire, que quoique je ne puiſſe pas directement ſtipuler ce qui concerne l'intérêt

d'un tiers, néanmoins je puis aliéner ma choſe, à la charge que celui à qui je la donne fera quelque choſe qui concerne l'intérêt d'un tiers. Par exemple, quoique je ne puiſſe pas ſtipuler en mon nom directement, que vous ferez préſent du *Theſaurus* de Meerman à Jacques, je puis vous donner utilement une ſomme ou tout autre choſe, à la charge que vous ferez à Jacques ce préſent.

Suivant les principes de l'ancien Droit Romain, l'effet de cette condition ſe bornoit à ce que faute par vous d'accomplir la charge ſous laquelle vous avez reçu de moi une ſomme ou autre choſe, j'étois en droit de répéter de vous ce que je vous avois donné; car ne vous l'ayant donné, & vous ne l'ayant reçu qu'à cette charge, il s'eſt formé entre nous une convention implicite, que vous me reſtitueriez la choſe, ſi vous n'accompliſſiez pas la charge ſous laquelle je vous l'ai donnée; d'où naît le droit de répéter la choſe, par une action que les Loix appellent *condictio*, (*ſeu repetitio*) *ob cauſam dati*, *cauſâ non ſecutâ*.

Au reſte, ſuivant les principes de cet ancien Droit, le tiers qui n'avoit pas été partie au contrat de donation, par lequel je vous donnois quelque choſe, à la charge que vous feriez quelque choſe qui l'intéreſſoit, ou à la charge que vous lui donneriez quelque choſe, n'avoit aucune action contre vous pour le demander; & cela étoit fondé ſur ce principe, que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; d'où il ſuit qu'il ne peut naître d'un contrat aucun droit à un tiers qui n'y a pas été partie: mais ſuivant les Conſtitutions des Empereurs, les tiers en faveur deſquels le donateur appoſe une charge à ſa donation, ont une action contre le donataire pour le contraindre à l'exécuter; c'eſt ce que nous apprenons *de la Loi* 3, *Cod. de donat. quæ ſub mod.*

72. Cet engagement que contracte le donataire envers ce tiers, d'accomplir la charge ſous laquelle la donation a été faite, & d'où naît cette action, eſt un engagement qui n'eſt pas à la vérité proprement formé par le contrat de donation; ce contrat ne pouvant pas par lui-même, & *propriâ virtute*, produire un engagement envers un tiers, & donner un droit à un tiers qui n'y étoit pas partie, c'eſt l'équité naturelle qui forme cet engagement; parce que le donataire ne peut ſans bleſſer l'équité, & ſans ſe rendre coupable de perfidie, retenir la choſe qui lui a été donnée, s'il n'accomplit pas la charge ſous laquelle la donation lui a été faite, & à laquelle il s'eſt ſoumis en acceptant la donation. C'eſt pourquoi l'action qui eſt accordée à ce tiers, eſt appellée en la Loi 3, ci-deſſus citée, *actio utilis*, qui eſt le nom que les Juriſconſultes Romains donnoient aux actions qui n'avoient pour fondement que l'équité; *quæ contra ſubtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex ſolâ æquitate concedebantur.*

73. De-là naît une autre queſtion, qui eſt de ſçavoir, ſi vous ayant donné une choſe à la charge de la reſtituer à un tiers dans un certain temps, ou de lui donner quelqu'autre choſe, je puis vous remettre cette charge, ſans l'intervention de ce tiers qui n'étoit pas partie à l'acte, & qui n'a pas accepté la libéralité que j'exerçois envers lui, en vous impoſant cette charge: les Auteurs ont été partagés ſur cette queſtion. *Grotius de jure belli & pacis*, II,

IX, 19, décide pour l'affirmative : c'eſt auſſi l'avis de Barthole, de Duaren & de pluſieurs autres Docteurs ; & en particulier celui de Ricard, *Traité des Subſtit. p.* 1, *ch.* 4. La raiſon ſur laquelle ils ſe fondent, eſt que le tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la donation ſous cette charge, eſt contracté par le concours des volontés du donateur & du donataire ſeulement ; & par conſéquent peut ſe réſoudre par un conſentement contraire des mêmes parties, ſuivant ce principe de Droit, *nihil tam naturale eſt, quæque eodem modo diſſolvi quo colligata ſunt.* Le droit qui eſt acquis à ce tiers, eſt donc, ſelon ces Auteurs, un droit qui n'eſt pas irrévocable ; parce qu'étant formé par le ſeul conſentement du donateur & du donataire, ſans l'intervention du tiers, ce droit eſt ſujet à être détruit par la deſtruction de ce conſentement qu'opérera un conſentement contraire des mêmes parties ; ce droit ne devient irrévocable, que lorſque la mort du donateur empêchant qu'il ne puiſſe déſormais intervenir un conſentement contraire, le conſentement qui a formé ce droit ceſſe de pouvoir être détruit.

L'opinion contraire a auſſi ſes défenſeurs ; c'eſt celle de *Fachinæus*, *Controv.* VIII, 89, & des Docteurs par lui cités. Les raiſons ſur leſquelles ces Auteurs ſe fondent, ſont, que la clauſe de l'acte de donation qui contient la charge impoſée au donataire, de donner quelque choſe à un tiers, renferme une ſeconde donation, ou une donation fidéicommiſſaire, que le donateur fait à ce tiers. Cette ſeconde donation, ſans l'intervention de ce tiers à qui elle eſt faite, reçoit ſon entiere perfection par l'acceptation que le premier donataire fait de la donation ſous cette charge ; puiſque par cette acceptation il contracte envers ce tiers, ſans qu'il intervienne à l'acte, un engagement d'accomplir cette charge dans ſon temps. De cet engagement naît un droit qu'acquiert ce tiers, d'exiger en ſon temps l'accompliſſement de cette charge : ce droit eſt un droit irrévocable, & il ne doit pas être au pouvoir du donateur d'en décharger le premier donataire au préjudice du droit acquis à ce tiers ; car la clauſe qui renferme cette ſeconde donation, ou donation fidéicommiſſaire, faite à ce tiers par le donateur, étant une clauſe qui fait partie d'un acte de donation entre-vifs, la donation fidéicommiſſaire renfermée dans cette clauſe, eſt de même nature & eſt par conſéquent une donation entre-vifs & par conſéquent irrévocable ; il ne doit donc plus être au pouvoir du donateur de la révoquer, en déchargeant le premier donataire de la charge qu'il lui a impoſée, & de l'engagement qu'il a contracté envers ce ſecond donataire. A l'égard des regles de droit qu'on oppoſe, *quæque eodem modo diſſolvuntur quo colligata ſunt ; quæ conſenſu contrahuntur, conſenſu diſſolvuntur* ; ces regles ont lieu entre les parties contractantes ſeulement, & non au préjudice d'un droit qui auroit été acquis à un tiers. C'eſt ce qui réſulte de la Loi derniere, ff. *de pact.* qui décide que la caution qui a acquis un droit de fin de non-recevoir, par le pact intervenu entre le créancier & le débiteur principal, ne peut être malgré elle dépouillée de ce droit, par un pact contraire des mêmes parties.

Ce dernier ſentiment a été confirmé par la nouvelle Ordonnance des ſubſtitutions, *part.* 1, *art.* 11 & 12. Mais les queſtions décidées par cette Ordon-

nance n'étant que pour l'avenir, la queſtion demeure entiere pour ce qui ſe ſeroit paſſé avant l'Ordonnance.

§. VI.

Qu'on peut ſtipuler & promettre par le miniſtere d'un tiers, & que ce n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre.

74. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent, que nous ne pouvions rien ſtipuler ni promettre, que pour nous-mêmes, & non pour un autre, s'entend en ce ſens que nous ne le pouvons, lorſque nous contractons en notre nom: mais nous pouvons prêter notre miniſtere à une autre perſonne pour contracter pour elle, ſtipuler & promettre pour elle; & en ce cas ce n'eſt pas proprement nous qui contractons, mais c'eſt cette perſonne qui contracte par notre miniſtere.

Ainſi un tuteur, lorſqu'il contracte en cette qualité, peut ſtipuler & promettre pour ſon mineur; car c'eſt le mineur qui eſt cenſé contracter, ſtipuler & promettre lui-même par le miniſtere de ſon tuteur; la loi donnant un caractere au tuteur qui fait réputer le fait du tuteur pour le fait du mineur dans tous les contrats qui concernent l'adminiſtration de la tutele.

Il en eſt de même d'un carateur & de tout autre adminiſtrateur légitime: il en eſt de même d'un Procureur: car la procuration que lui a donnée celui au nom duquel il contracte, fait regarder celui qui a donné la procuration, comme contractant lui-même par le miniſtere de ce Procureur.

75. Si je contracte au nom d'une perſonne qui ne m'avoit point donné de procuration, ſa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par mon miniſtere: car la ratification équipolle à procuration, *ratihabitio mandato comparatur.*

Si elle ne ratifie pas, la convention eſt nulle à ſon égard; mais ſi je me ſuis fait fort d'elle, ſi j'ai promis de la faire ratifier, cette promeſſe de la faire ratifier eſt une convention que j'ai eue en mon nom avec la perſonne avec qui j'ai contracté, par laquelle je me ſuis en mon nom obligé envers elle, au rapport de cette ratification; & faute par moi de la rapporter, en ſes dommages & intérêts, c'eſt-à-dire, en tout ce qu'elle ſouffre ou manque de gagner par le défaut de ratification.

76. Pour que quelqu'un ſoit cenſé avoir contracté par le miniſtere de ſon tuteur, curateur, adminiſtrateur, &c. il faut que le contrat n'excede pas le pouvoir de ces perſonnes. Par exemple, ſi un tuteur, en ſa qualité de tuteur, avoit ſans le décret du Juge, vendu quelque bien immeuble de ſon mineur, le mineur ne ſeroit pas cenſé avoir fait ce contrat par ſon miniſtere; & il n'en réſulteroit aucune obligation contre lui, la vente des immeubles étant une choſe qui excede le pouvoir des tuteurs.

Pareillement, pour que quelqu'un ſoit cenſé avoir contracté par le miniſtere de ſon Procureur, il faut que le Procureur ſe ſoit renfermé dans les bornes de ſa procuration: s'il les a excédées, celui au nom duquel il a contracté, n'eſt pas cenſé avoit contracté par ſon miniſtere, à moins qu'il n'ait ratifié.

77. Il n'eſt pas douteux qu'un Procureur excede les bornes de ſa procuration, lorſqu'il fait autre choſe que ce qui y eſt contenu, quand même cela ſeroit plus avantageux. Par exemple, ſi j'ai donné procuration à quelqu'un pour m'acheter une certaine terre pour un certain prix, & qu'il en achete une autre en mon nom, & comme ſe diſant avoir procuration de moi, quoique ce marché ſoit plus avantageux, il ne m'obligera point, & je ne ſerai point cenſé avoir fait ce marché par ſon miniſtere, à moins que je ne veuille bien le ratifier; *L.* 5, §. 2, ff. *mandat.*

78. Un Procureur a excédé auſſi les bornes de ſa procuration, lorſqu'il a fait en mon nom le contrat que je lui avois donné pouvoir de faire, mais à des conditions plus déſavantageuſes que celles que je lui avois preſcrites par ma procuration. Par exemple, ſi je lui avois donné procuration pour acheter une certaine terre pour le prix de 28000 liv. & qu'il l'ait achetée en mon nom pour 28200 liv. je ne ſerai point cenſé avoir contracté par ſon miniſtere, & je ne ſerai point obligé par le contrat; parce qu'il a excédé les bornes de ſon pouvoir en achetant à un prix plus cher que celui que j'avois preſcrit.

Néanmoins s'il offroit de me mettre au même état auquel je ſerois, s'il s'étoit renfermé dans les bornes de la procuration; par exemple, ſi dans l'eſpece ci-deſſus, il offroit de m'indemniſer de 200 liv. je ſerois obligé de ratifier; *L.* 3, §. 2; *& L.* 4, ff. *mand.*

Il eſt évident qu'un Procureur ne peut être cenſé avoir excédé les bornes de la procuration, lorſqu'il a contracté à des conditions plus avantageuſes que celles qui lui étoient preſcrites; *L.* 5, §. 5, ff. *dict. tit.*

79. Pour que je ſois cenſé avoir contracté par le miniſtere de mon Procureur, & que le contrat qu'il a fait en mon nom m'oblige, il ſuffit que le contrat n'excede pas ce qui eſt contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté; & il ne ſerviroit de rien de rapporter un autre pouvoir contenant des inſtructions ſecretes qu'il n'auroit pas ſuivies. Ce pouvoir ſecret me donne bien une action en dommages & intérêts contre mon Procureur, pour n'avoir pas ſuivi les inſtructions ſecretes que je lui avois données; mais il ne peut me dégager envers celui avec qui il a contracté en mon nom, conformément au pouvoir apparent qu'il lui a repréſenté; autrement il n'y auroit aucune ſûreté à contracter avec des abſens.

80. Par la même raiſon, quoique la procuration finiſſe par la révocation, néanmoins ſi mon Procureur contracte en mon nom avec quelqu'un depuis la révocation, mais avant qu'elle ait été connue de celui avec qui il contracte, je ſerai cenſé avoir contracté par ſon miniſtere, & ce contrat m'obligera.

81. Pareillement, quoique le mandat finiſſe par la mort de celui qui le donne, & qu'il paroiſſe répugner que je puiſſe être cenſé avoir contracté par le miniſtere de celui qui, depuis ma mort, a contracté en mon nom, néanmoins s'il a contracté en mon nom depuis ma mort, mais avant qu'elle pût être connue dans le lieu où le contrat s'eſt fait, ce contrat obligera ma ſucceſſion, comme ſi j'avois effectivement contracté par le miniſtere de ce Procureur.

On peut pour cette déciſion & pour la précédente, tirer argument de ce qui eſt décidé en Droit, que le paiement fait à un Procureur eſt valable, quoique depuis la mort du mandant, ou depuis la révocation du mandat, ſi la mort &

la révocation n'étoient pas connues; *L.* 12, §. 2; *& L.* 32, ff. *de ſolut.*

82. Nous contractons par le miniſtere d'un autre, non-ſeulement lorſque quelqu'un nous prête purement ſon miniſtere, en contractant en notre nom, & non au ſien, comme lorſque nous contractons par le miniſtere de nos tuteurs, curateurs, Procureurs, &c. qui contractent en leur qualité de tuteur, curateur, Procureur, &c. & non en leur propre nom. Nous ſommes auſſi cenſés contracter par le miniſtere d'un autre, quoiqu'il contracte lui-même en ſon nom, lorſqu'il contracte pour des affaires auxquelles nous l'avons prépoſé: car en le prépoſant à ces affaires, nous ſommes cenſés avoir adopté & approuvé d'avance tous les contrats qu'il feroit pour les affaires auxquelles nous l'avons prépoſé, comme ſi nous avions contracté nous-mêmes; & nous ſommes cenſés avoir accédé à tous les obligations qui en réſultent.

C'eſt ſur ce principe qu'eſt fondée l'action *exercitoria*, que ceux qui ont contracté avec le Capitaine d'un navire, pour des affaires relatives à la conduite de ce navire, ont contre l'Armateur propriétaire du navire, qui a prépoſé ce Capitaine.

C'eſt ſur le même principe que ſont fondées l'action *inſtitoria*, que ceux qui ont contracté avec le prépoſé à un commerce ou à une manufacture, pour des affaires relatives à ce commerce, ont contre le commettant, & l'action *utilis inſtitoria*, qui a lieu pour les contrats faits avec un prépoſé à quelqu'autre eſpece d'affaire que ce ſoit.

Nous traiterons de ces actions, *infrà*, *part.* 2, *chap.* 6, *ſect.* 8.

Obſervez une différence entre tous ces prépoſés, & les tuteurs, curateurs, procureurs, ſyndics, adminiſtrateurs, fabriciers, &c. Lorſque ces prépoſés contractent, ce ſont eux-mêmes qui contractent & qui s'obligent; leurs commettans ſont ſeulement cenſés accéder à leurs contrats, & aux obligations qui en réſultent; au lieu que les autres ne ſont pas cenſés contracter eux-mêmes, mais ſeulement prêter leur miniſtere pour contracter, à ceux qui ſont ſous leur tutele ou curatelle, ou dont ils ont la procuration, ou aux corps dont ils ſont les ſyndics, ou aux hôpitaux & fabriques dont ils ont l'adminiſtration: c'eſt pourquoi ce ne ſont pas eux qui s'obligent, mais ceux qui contractent par leur miniſtere.

83. Nous ſommes auſſi cenſés contracter par le miniſtere de nos aſſociés, lorſqu'ils contractent, ou ſont cenſés contracter pour les affaires de la ſociété; car en contractant ſociété avec eux, & leur permettant la geſtion des affaires de la ſociété, nous ſommes cenſés avoir adopté & approuvé d'avance tous les contrats qu'ils feroient pour les affaires de la ſociété, comme ſi nous euſſions contracté nous-mêmes conjointement avec eux; & nous avons accédé d'avance à toutes les obligations qui en réſultent.

Obſervez qu'un aſſocié eſt cenſé contracter pour les affaires de la ſociété, toutes les fois qu'il ajoute à ſa ſignature ces mots *& Compagnie*, quoique par la ſuite le contrat n'ait pas tourné au profit de la ſociété. Par exemple, s'il a emprunté une ſomme d'argent de quelqu'un, à qui il en a donné un billet, avec ces mots *& Compagnie* à la fin de ſa ſignature; quoiqu'il ait employé cet argent à ſes affaires particulieres, ou qu'il l'ait perdu au jeu, il ne laiſſe pas d'être cenſé avoir contracté pour les affaires de la ſociété, & d'obliger en conſéquence

ſes

ſes aſſociés, comme étant cenſés avoir fait l'emprunt conjointement avec lui, & contracté par ſon miniſtere ; car ces aſſociés doivent s'imputer d'avoir contracté une ſociété avec un aſſocié infidele : mais ceux qui contractent avec lui ne doivent pas être trompés, & ſouffrir de ſon infidélité.

La ſignature *& Compagnie* n'obligeroit pas néanmoins mes aſſociés, s'il paroiſſoit par la nature même du contrat, qu'il ne concerne pas les affaires de la ſociété ; comme ſi j'avois mis cette ſignature à la fin d'un bail, d'un héritage qui m'appartient, & que je n'ai pas mis en ſociété.

Lorſque l'aſſocié n'a pas ſigné *& Compagnie*, il eſt cenſé avoir contracté pour ſes affaires particulieres, & il n'oblige pas ſes aſſociés, à moins que le créancier ne juſtifie d'ailleurs qu'il a contracté au nom de la ſociété, & que le contrat concernoit effectivement les affaires de la ſociété.

84. Une femme commune en biens avec ſon mari, eſt auſſi cenſée contracter avec lui & par ſon miniſtere dans tous les contrats que ſon mari fait durant la communauté, & accéder à toutes les obligations qui en réſultent, pour la part qu'elle a dans la communauté, à cette condition néanmoins qu'elle ne ſera tenue que juſqu'à concurrence de ce qu'elle amandera de ladite communauté.

ARTICLE VI.

De l'effet des Contrats.

85. Les contrats produiſent des obligations. Nous renvoyons ſur ce qui concerne l'effet de ces obligations, à ce que nous en dirons *infrà*, *chap* 2, en traitant en général de l'effet des obligations : nous obſerverons ſeulement un principe qui eſt particulier à l'effet des contrats & de toutes les conventions.

Ce principe eſt qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choſes qui ont fait l'objet de la convention, & ſeulement entre les parties contractantes. *Animadvertendum eſt ne conventio in aliâ re facta aut cum aliâ perſonâ, in aliâ re, aliâve perſonâ noceat* ; L. 27, §. 4, ff. *de pactis*.

86. La raiſon de la premiere partie de ce principe eſt évidente. La convention étant formée par la volonté des parties contractantes, elle ne peut avoir d'effet que ſur ce que les parties contractantes ont voulu, & ont eu en vue.

On peut apporter pour exemple de cette premiere partie de ce principe, les ſtipulations de propres. Lorſqu'en apportant par mon contrat de mariage une certaine ſomme à la communauté, j'ai ſtipulé que le ſurplus de mes biens me demeureroit propre, cette convention n'aura pas l'effet d'exclure de la communauté, le mobilier des ſucceſſions qui m'écherront pendant le mariage ; parce qu'elle n'a eu pour objet que d'exclure de la communauté le ſurplus des biens que j'avois lors de mon mariage. *Voyez* d'autres exemples, *in l.* 27, §. 7 ; *l.* 47, §. 1 ; *l.* 56, ff. *de pactis & paſſim.*

87. La raiſon de la deuxieme partie du principe n'eſt pas moins évidente : l'obligation qui naît des conventions, & le droit qui en réſulte étant formés par le conſentement & le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à former la convention.

La loi 25, *Cod. de pactis*, nous fournit un exemple de cette ſeconde partie de notre principe. Je ſuis convenu avec mon cohéritier qu'il ſe chargeroit ſeul d'une certaine dette de la ſucceſſion; cette convention n'empêchera pas le créancier de cette dette de l'exiger de moi, à raiſon de la part pour laquelle je ſuis héritier: car cette convention ne peut avoir aucun effet vis-à-vis de ce créancier qui n'y étoit pas partie; *Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec minui potest; d. l.* On peut apporter une infinité d'autres exemples. Ce n'eſt pas une choſe contraire à ce principe, qu'un aſſocié, en contractant, oblige ſes aſſociés, un prépoſé ſon commettant, un mari ſa femme: car comme nous l'avons vu à l'article précédent, ces perſonnes ſont cenſées avoir été elles-mêmes parties contractantes par le miniſtere de leur aſſocié, de leur prépoſé, de leur mari.

88. Il ſembleroit qu'on pourroit oppoſer avec plus de fondement contre notre principe, ce qui s'obſerve à l'égard des contrats d'attermoiement. Lorſqu'un débiteur qui ſe dit hors d'état de faire honneur à ſes dettes, a fait une convention avec les trois quarts de ſes créanciers (ce qui s'eſtime *non pro numero perſonarum, ſed pro cumulo debiti*,) cette convention qui contient des termes & des remiſes accordés au débiteur, peut être oppoſée aux autres créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été parties au contrat; & le débiteur peut, en les aſſignant, faire déclarer commune avec eux la convention, ſauf qu'elle ne pourra préjudicier à leurs hypotheques & privileges, s'ils en ont. *Voyez* l'Ordonnance de 1673, *tit. XI, art.* 5, 6, 7, 8; & L. 7, §. 19; L. 8, L. 9, L. 10, ff. *de pact.*

Ceci n'eſt pourtant pas proprement une exception à notre principe: car ce n'eſt pas la convention faite avec les trois quarts des créanciers qui oblige *per ſe*, par elle-même & par ſa propre vertu, les autres créanciers, qui n'ont point été parties, à faire les remiſes qui y ſont portées; cette convention ne ſert qu'à faire connoître au Juge, que c'eſt l'intérêt commun des créanciers que cette convention ſoit exécutée par tous les créanciers; la préſomption étant que ce grand nombre de créanciers ne s'eſt réuni à accorder ces remiſes, que parce qu'il étoit de l'intérêt commun des créanciers de les accorder, pour avoir le paiement du reſtant. Et comme il n'eſt pas juſte que la rigueur de quelques créanciers nuiſe à l'intérêt commun des créanciers, le Juge les condamne à accéder à la convention, & à accorder au débiteur les remiſes & les termes qui y ſont portés; mais ce n'eſt pas la convention à laquelle ils n'ont pas été parties, qui les oblige à accorder ces remiſes & ces termes; c'eſt l'équité ſeule qui forme en eux cette obligation, & qui les oblige à accéder à cette convention, étant contre l'équité, que par une rigueur contraire à leurs propres intérêts, ils empêchent l'avantage commun des créanciers.

89. Notre principe, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ſouffre une eſpece d'exception à l'égard des cautions: car les conventions qui interviennent entre les créanciers & le débiteur principal, profitent aux cautions, quoiqu'elles n'y aient pas été parties; & elles leur font acquérir contre le créancier, les mêmes droits qu'elles font acquérir au débiteur principal. Nous en verrons la raiſon *infrà, p.* 2, *ch.* 6.

90. Notre principe ſouffre encore une autre eſpece d'exception, à l'égard

des ſubſtitutions portées par un acte de donation entre-vifs : car lors de l'événement qui y donne ouverture, les perſonnes appellées à ces ſubſtitutions, quoiqu'elles n'aient pas été parties dans l'acte qui les renferme, acquierent le droit de demander au donataire qui en eſt grevé, ou à ſa ſucceſſion, les choſes qui y ſont compriſes. Voyez ce que nous avons dit *ſuprà*, en l'article précédent, §. 3.

ARTICLE VII.

Regles pour l'interprétation des conventions.

PREMIERE REGLE.

91. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le ſens grammatical des termes.

In conventionibus contrahentium voluntatem potiùs quàm verba ſpectari placuit; L. 219, ff. *de verbor. ſignif.*

Voyez un exemple de cette regle dans la loi citée.

En voici un autre : vous teniez à loyer de moi un petit appartement dans une maiſon dont j'occupois le reſte; je vous ai fait un nouveau bail en ces termes : *j'ai donné à loyer à un tel* MA MAISON *pour tant d'années, pour le prix porté au précédent bail :* ſerez-vous fondé à prétendre que je vous ai loué toute ma maiſon ? Non; car quoique ces termes *ma maiſon*, dans leur ſens grammatical, ſignifient la maiſon entiere & non un ſimple appartement, néanmoins il eſt viſible que notre intention n'a été que de renouveller le bail de l'appartement que vous teniez de moi, & cette intention dont on ne peut douter, doit prévaloir aux termes du bail.

SECONDE REGLE.

92. Lorſqu'une clauſe eſt ſuſceptible de deux ſens, on doit plutôt l'entendre dans celui dans lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui dans lequel elle n'en pourroit avoir aucun.

Quoties in ſtipulationibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt id accipi quo res de quâ agitur in tutò ſit ; L. 80, *de verb. oblig.*

Par exemple, s'il eſt dit à la fin d'un acte de partage : *il a été convenu entre Pierre & Paul, que Paul pourroit paſſer ſur ſes héritages.* Quoique ces termes *ſes héritages*, dans le ſens grammatical, puiſſent s'entendre auſſi-bien de ceux de Paul, que de ceux de Pierre, néanmoins il n'eſt pas douteux qu'ils doivent s'entendre de ceux de Pierre; autrement la clauſe n'auroit aucun effet; Paul n'ayant pas eu beſoin de ſtipuler qu'il pourroit paſſer ſur ſes propres héritages.

TROISIEME REGLE.

93. Lorſque dans un contrat, des termes ſont ſuſceptibles de deux ſens, on doit les entendre dans le ſens qui convient le plus à la nature du contrat.

Par exemple, s'il étoit dit par un acte, que je vous ai loué pour neuf ans un certain héritage pour la ſomme de 300 liv. ces termes, *la ſomme de* 300 *liv.* ne s'entendent pas d'une ſomme de 300 liv. une fois payée, mais d'une ſomme

annuelle de 300 liv. pour chacune des neuf années que durera le bail ; étant de la nature du Contrat de louage, que le prix conſiſte dans une ferme annuelle.

Il en ſeroit autrement s'il étoit évident que la ſomme de 300 liv. eſt la valeur de neuf années de ferme ; *putà*, parce que par les baux précédens, l'héritage n'avoit été affermé que pour le prix de 30 ou 40 livres de ferme annuelle.

Voici un autre exemple de la regle. Par un bail à ferme il eſt dit que je vous ai loué un certain héritage, à la charge de 300 liv. de ferme annuelle, & des réparations : ces termes *& des réparations*, doivent s'entendre des locatives ; les fermiers & locataires n'étant tenus que de celles-là, ſuivant la nature du contrat.

Quatrieme Regle.

94. Ce qui peut paroître ambigu dans un contrat, s'interprete par ce qui eſt d'uſage dans le pays ; *ſemper in ſtipulationibus & in cæteris contractibus id ſequimur quod actum eſt, aut ſi non appareat quod actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in regione in quâ actum eſt frequentatur ;* L. 34, ff. *de regulis Juris.*

Suivant cette regle, ſi j'ai fait marché avec un Vigneron à une certaine ſomme par an, pour cultiver ma vigne, ſans m'expliquer ſur le nombre de labours qu'il donneroit, nous ſommes cenſés être convenus qu'il donneroit le nombre de labours, qu'on a coutume de donner dans le pays.

Cinquieme Regle.

95. L'uſage eſt d'une ſi grande autorité pour l'interprétation des conventions, qu'on ſous-entend dans un contrat les clauſes qui y ſont d'uſage, quoiqu'elles ne ſoient pas exprimées ; *In contractibus tacitè veniunt ea quæ ſunt moris & conſuetudinis.*

Par exemple, dans le Contrat de louage d'une maiſon, quoiqu'on n'ait pas exprimé que le loyer ſeroit payable par demi-termes, à la S. Jean & à Noël, & que le locataire ſeroit obligé à faire les réparations locatives, ces clauſes y ſont ſous-entendues.

Pareillement, dans un contrat de vente, quoique la clauſe que le vendeur ſera tenu de défendre & de garantir l'acheteur, des évictions, n'y ſoit pas exprimée, elle y eſt ſous-entendue.

Sixieme Regle.

96. On doit interpréter une clauſe, par les autres clauſes contenues dans l'acte, ſoit qu'elles précedent, ou qu'elles ſuivent.

La loi, 126, ff. *de verb. ſign.* fournit un exemple de cette regle. Dans l'eſpece de cette loi il étoit dit dans un contrat de vente, par une premiere clauſe, que l'héritage étoit vendu *uti optimus maximus*, c'eſt-à-dire, franc de toutes charges réelles : par une ſeconde clauſe, il étoit dit que le vendeur n'entendoit être garant que de ſes faits : cette ſeconde clauſe ſert à l'interprétation de la premiere, & en reſtreint la généralité des termes à ce ſens ; que le vendeur, par cette premiere clauſe, n'a entendu promettre & aſſurer autre choſe, ſinon

qu'il n'avoit impoſé aucunes charges ſur cet héritage, & qu'il étoit franc de toutes celles qu'il eût pu y impoſer, mais non pas aſſurer qu'il fût franc de celles qui avoient été impoſées par ſes auteurs, dont il n'avoit pas de connoiſſance.

Septieme Regle.

97. Dans le doute, une clauſe doit s'interpréter contre celui qui a ſtipulé quelque choſe, & à la décharge de celui qui a contracté l'obligation.

In ſtipulationibus cùm quæritur quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt; L. 38, §. 18, ff. *de verb. oblig.*

Ferè ſecundùm promiſſorem interpretamur; L. 99, ff. *d. tit.* Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué.

Par exemple, ſi par un bail à ferme il étoit dit que le fermier livreroit au bailleur en certain temps, une certaine quantité de bled de ferme annuelle, ſans qu'il fût dit où la tradition devroit s'en faire, la clauſe doit s'entendre en ce ſens qu'elle devra ſe faire en la maiſon du fermier, à ceux qui y viendront chercher le bled de la part du bailleur; ce ſens étant celui qui eſt le plus à la décharge du fermier qui a contracté l'obligation. Lorſque le bailleur veut que le bled lui ſoit rendu dans ſon grenier, il doit s'en expliquer par le bail.

Huitieme Regle.

98. Quelque généraux que ſoient les termes dans leſquels une convention eſt conçue, elle ne comprend que les choſes ſur leſquelles il paroît que les parties contractantes ſe ſont propoſé de contracter, & non pas celles auxquelles elles n'ont pas penſé; *iniquum eſt perimi pacto, id de quo cogitatum non eſt;* L. 9, §. *fin.* ff. *de tranſ.*

Suivant cette regle, ſi nous avons tranſigé enſemble ſur toutes nos prétentions reſpectives, & que nous en avons compoſé à une ſomme que vous vous êtes obligé de me payer, au moyen de quoi nous nous ſommes tenus quittes de part & d'autre de toutes choſes, cette tranſaction ne préjudicie pas aux droits que j'avois contre vous, dont je n'avois pu avoir connoiſſance lors de la tranſaction. *His tantùm tranſactio obeſt de quibus actum probatur: non porrigitur ad ea quorum actiones competere poſteà compertum eſt;* d. l. 9, §. *fin.*

Par exemple, ſi un légataire a compoſé avec l'héritier à une ſomme pour ſes droits réſultans du teſtament du défunt, il ne ſera pas exclus de la demande d'un autre legs à lui fait par un codicille qui n'a paru que depuis la tranſaction; *L.* 3, §. 1; *L.* 12, ff. *de tranſact.*

Neuvieme Regle.

99. Lorſque l'objet de la convention eſt une univerſalité de choſes, elle comprend toutes les choſes particulieres qui compoſent cette univerſalité, même celles dont les parties n'avoient pas de connoiſſance.

On peut apporter pour exemple de cette regle, la convention par laquelle je compoſe avec vous, à une certaine ſomme, pour vous abandonner ma part dans une hérédité; cette convention comprend toutes les choſes qui en font partie, ſoit qu'elles aient été ou non à notre connoiſſance, notre intention ayant

été de traiter de tout ce qui la compoſoit. C'eſt pourquoi il eſt décidé que je ne puis pas être admis à revenir contre la convention, ſur le prétexte qu'il s'eſt trouvé depuis la convention, beaucoup de choſes dépendantes de la ſucceſſion, qui n'étoient pas à ma connoiſſance : *Sub prætextu ſpecierum poſt repertarum, generali tranſactione finita reſcindi prohibent jura ;* L. 29, *cod. de tranſact.*

Pourvu néanmoins que ces choſes ne m'aient pas été cachées par mon cohéritier, avec qui j'ai traité de ma part en la ſucceſſion, & qui avoit ces choſes pardevers lui; car en ce cas, c'eſt un dol de ſa part qui donne lieu à revenir contre la contravention ; c'eſt pourquoi il eſt dit en la même loi ; *error circà proprietatem rei apud alium* EXTRA PERSONAS TRANSIGENTIUM, *tempore tranſactionis conſtitutæ, nihil poteſt nocere.*

Notre regle étant fondée ſur la préſomption que les parties qui traitent d'une univerſalité de choſes, ont intention de traiter de toutes les choſes qui la compoſent, ſoit qu'elles en aient connoiſſence ou non, elle ſouffre exception, lorſqu'il paroît au contraire, que les parties n'ont entendu traiter que des choſes contenues ſous cette univerſalité, qui étoient à leur connoiſſance ; comme lorſqu'elles ont traité relativement à un inventaire. *Putà*, ſi par un acte entre mon cohéritier & moi, il eſt dit que je lui cede pour une certaine ſomme, ma part dans tout le mobilier de la ſucceſſion *compris dans l'inventaire* ou *ſuivant l'inventaire*, il eſt clair en ce cas que notre intention n'a été de traiter que de ce qui eſt compris dans l'inventaire, & non de ce qui a été omis, & n'étoit pas encore à notre connoiſſance.

Dixieme Regle.

100. Lorſque dans un contrat on a exprimé un cas, pour le doute qu'il auroit pu y avoir, ſi l'engagement qui réſulte du contrat s'étendoit à ce cas, on n'eſt pas cenſé par-là avoir voulu reſtreindre l'étendue, que cet engagement a de droit, à tous ceux qui ne ſont pas exprimés.

Quæ dubitationis tollendæ cauſâ, contractibus inſeruntur, jus commune non lædunt ; L. 81, ff. *de regulis juris* ; L. 56, *Mand.*

Voyez un exemple de cette regle en la ſuſdite Loi 56, d'où elle eſt tirée : en voici un autre. Si par un contrat de mariage il eſt dit ; Les futurs époux ſeront en communauté de biens, dans laquelle communauté entrera le mobilier des ſucceſſions qui leur écherront, cette clauſe n'empêche pas que toutes les autres choſes qui de droit commun entrent dans la communauté conjugale, n'y entrent ; n'étant ajoutée que pour lever le doute que les parties peu inſtruites ont cru qu'il pourroit y avoir, ſi le mobilier des ſucceſſions y devoit entrer.

Onzieme Regle.

101. Dans les contrats, de même que dans les teſtamens, une clauſe conçue au pluriel, ſe diſtribue ſouvent en pluſieurs clauſes ſingulieres.

Par exemple, ſi par le contrat de donation que j'ai fait à Pierre & à Paul mes domeſtiques, d'un certain héritage, il eſt dit, *à la charge qu'après leur mort ſans enfans, ils le reſtitueront au donateur ou à ſa famille*, cette clauſe conçue au pluriel, ſe diſtribue en ces deux clauſes ſingulieres, *à la charge*

que Pierre après ſa mort ſans enfans, reſtituera l'héritage pour la part qu'il a eue, au donateur, &c., & pareillement, *à la charge que Paul après ſa mort ſans enfans, reſtituera*, &c. *arg.* L. 78, §. 7, ff. *ad ſc. Trebel.*

Douzieme Regle.

102. Ce qui eſt à la fin d'une phraſe ſe rapporte ordinairement à toute la phraſe, & non pas ſeulement à ce qui précede immédiatement; pourvu néanmoins que cette fin de phraſe convienne en genre & en nombre à toute la phraſe.

Par exemple, ſi dans le contrat de vente d'une métairie, il eſt dit qu'elle eſt vendue avec tout ce qui s'y trouve de bleds, menus grains, fruits, & vins qui y ont été récoltés cette année, ces termes, *qui y ont été récoltés cette année*, ſe rapportent à toute la phraſe, & non pas ſeulement aux vins; & en conſéquence les bleds vieux ne ſont pas moins exceptés de la vente que les vins vieux. Il en ſeroit autrement, s'il étoit dit, *& le vin qui y a été recueilli cette année*; ces termes, *qui a été recueilli cette année*, qui ſont au ſingulier, ne ſe rapportent qu'au vin, & non pas au reſte de la phraſe, n'étant pas concordans en nombre. V. *in Pand. Juſtin. tit. de leg. n.* 189 & 190.

Article VIII.

Du ſerment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions.

103. Les parties contractantes emploient quelquefois le ſerment pour aſſurer davantage l'accompliſſement futur des engagemens qu'elles contractent.

Le ſerment dont il eſt ici queſtion, eſt un acte religieux par lequel une perſonne déclare qu'elle ſe ſoumet à la vengeance de Dieu, ou qu'elle renonce à ſa miſéricorde, ſi elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis: c'eſt ce qui réſulte de ces formules, *ainſi Dieu me ſoit en garde* ou *en aide*; *je veux que Dieu me puiſſe, ſi je manque à ma parole*, &c.

104. Les prétentions des gens d'Egliſe avoient autrefois rendu bien commun l'uſage du ſerment dans tous les contrats: ils prétendoient que la connoiſſance de toutes les conteſtations ſur l'exécution des contrats qui étoient confirmés par ſerment, appartenoit au Juge d'Egliſe; parce que le ſerment étant un acte de religion, & le refus d'exécuter une obligation confirmée par ſerment, étant un violement de la religion du ſerment, la religion paroiſſoit intéreſſée dans les conteſtations ſur l'exécution de ces engagemens, ce qui devoit les rendre de la compétence du Juge d'Egliſe.

C'eſt pourquoi les Notaires qui étoient gens d'Egliſe, ne manquoient pas d'inſérer dans les contrats qu'ils paſſoient, que les parties avoient fait ſerment de ne contrevenir à aucune clauſe du contrat, & de les exécuter fidelement, afin d'aſſurer aux Juges d'Egliſe la connoiſſance de l'exécution du contrat: ce ſtyle ſe voit encore dans pluſieurs anciens actes.

Il y a très-long-temps que les gens d'Egliſe ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avoit donné lieu; & l'uſage des ſermens

a ceſſé dans les contrats des particuliers ; néanmoins comme il arrive encore quelquefois que des perſonnes emploient le ſerment pour aſſurer l'accompliſſement futur de leurs promeſſes, il ne ſera pas hors de propos d'examiner ſommairement quel peut être l'effet de ce ſerment.

105. Ce ſerment n'a que peu ou point d'effet dans le for extérieur Car, ou l'obligation eſt valable par elle-même dans le for extérieur, ou elle ne l'eſt pas. Lorſqu'elle eſt valable par elle-même, le ſerment eſt ſuperflu, puiſque ſans qu'il intervienne, le créancier envers qui elle a été contractée, a action contre ſon débiteur pour en exiger l'accompliſſement ; le ſerment n'ajoute rien à cette action, & ne donne pas plus de droit au créancier, qu'il en auroit eu, s'il n'eût pas été interpoſé.

Lorſque l'obligation par elle-même n'eſt pas valable dans le for extérieur, & eſt de celles pour leſquelles la Loi civile a jugé à propos de dénier l'action, le ſerment eſt pareillement de nul effet dans le for extérieur ; car la Loi civile n'en dénie pas moins l'action au créancier.

Par exemple, un cabaretier ne laiſſe pas d'être non-recevable à demander en juſtice à des domiciliés le paiement des dépenſes faites en ſon cabaret ; un joueur ne laiſſe pas d'être non-recevable à demander le paiement d'une dette du jeu ; quoique dans l'un & dans l'autre cas le débiteur ſe ſoit obligé par ſerment de payer. La raiſon eſt que le ſerment étant un acceſſoire de l'engagement, la Loi qui répute nul l'engagement, doit par une conſéquence néceſſaire réputer nul le ſerment, ſuivant cette regle de Droit : *Quum principalis cauſa non conſiſtit ; ne ea quidem quæ ſequuntur, locum habent*, L. 129, §. 1, ff. *de R. J.*

Ajoutez qu'il ne doit pas dépendre des particuliers, en interpoſant le ſerment, de rendre valables des engagemens que la Loi civile a jugé à propos de réprouver, & d'éluder par ce moyen la Loi.

106. Suivant les Loix Romaines, le ſerment que l'une des parties fait d'entretenir la convention, n'a, à la vérité, aucun effet lorſqu'elle eſt nulle, par rapport à ce qui en eſt l'objet, qui eſt en ſoi quelque choſe d'illicite ; *L.* 7, §. 16, ff. *de pact.*, ou par rapport à la violence qu'on y a employée. *Auth. Sacramenta, cod. ſi adv. vend.* Mais lorſqu'elle n'eſt attaquable que pour cauſe de minorité de l'une des parties contractantes, le ſerment que le mineur, qui a exécuté la convention, fait de ne pas ſe pourvoir contre, a l'effet de l'y rendre non-recevable. C'eſt ce que décide Alexandre Sévere, dans l'eſpece de la vente d'un héritage faite par un mineur, qui s'étoit engagé envers l'acheteur, de ne pas revenir contre : *nec perfidiæ*, lui répond l'Empereur, *nec perjurii me autorem tibi futurum ſperare debuiſti*, L. 1, *Cod. ſi adv. vend.*

Automne, ſur cette Loi, nous apprend que cette déciſion n'eſt pas ſuivie dans notre pratique Françoiſe. La raiſon eſt qu'autrement les Loix qui ſubviennent aux mineurs, ſeroient toujours éludées, étant facile à ceux qui contractent avec eux de leur faire interpoſer ce ſerment. La Coutume de Bretagne, *art.* 471, décide formellement que les contrats des mineurs ne ſont pas valables par leur ſerment.

C'eſt principalement dans le for de la conſcience, que le ſerment par lequel quelqu'un s'eſt engagé à l'accompliſſement de ce qu'il a promis, peut avoir quelque

quelque effet. Il a cet effet de rendre plus étroite l'obligation, & de rendre plus coupable celui qui y contrevient; car celui qui s'étant engagé par ſerment, manque volontairement à ſon engagement, ajoute à l'infidélité qui réſulte de toute contravention volontaire à un engagement, le crime de parjure.

107. Le ſerment a cet effet, lorſque l'engagement eſt en ſoi valable, au moins dans le for de la conſcience: mais ſi l'engagement étoit nul, même dans le for de la conſcience, le ſerment qu'on auroit fait de l'accomplir ſera-t-il nul? C'eſt ce que nous allons examiner en parcourant les différens vices qui peuvent rendre nuls les engagemens.

Lorſque l'engagement eſt nul par rapport à ce qui en fait l'objet; *putà*, lorſque quelqu'un s'eſt obligé à donner une choſe qui eſt hors du commerce, ou lorſqu'il s'eſt obligé à faire quelque choſe qui eſt impoſſible, il eſt évident que le ſerment qu'on a fait de l'accomplir, ne peut pas être obligatoire, ni avoir aucun effet.

Tous conviennent auſſi que le ſerment d'accomplir un engagement illicite, n'eſt pas obligatoire; qu'on peche en faiſant ce ſerment, & qu'on pécheroit doublement en l'accompliſſant: en ce cas *ſcelus eſt fides*.

Cette déciſion a lieu, non-ſeulement lorſque la choſe eſt illicite par le Droit naturel, mais même lorſqu'elle eſt illicite par le Droit civil; car nous ſommes obligés en conſcience d'obéir à la Loi civile, & le ſerment ne peut nous diſpenſer de cette obligation.

Lorſque le vice d'erreur dont nous avons traité *ſuprà*, *art.* 3, §. 1, rend la convention nulle, elle rend pareillement nul le ſerment dont elle ſeroit accompagnée: car la convention étant abſolument nulle, il n'en peut naître aucun engagement que le ſerment puiſſe confirmer.

108. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un vice de violence. Grotius convient qu'une promeſſe qui a été extorquée par une violence injuſte, n'oblige point celui qui l'a faite, à l'accomplir; parce que, quand il ſeroit vrai qu'il naîtroit de cette promeſſe une obligation qui donneroit un droit contre moi à celui à qui je l'ai faite, il ſeroit, de ſon côté, pour réparation de la violence injuſte qu'il a exercée contre moi, tenu de m'acquitter. Mais lorſque cette promeſſe extorquée par une violence injuſte, a été confirmée par ſerment, quoique pareillement extorqué, Grotius prétend que je ſuis en conſcience obligé de la tenir; parce que ſi je ne ſuis pas obligé de la tenir vis-à-vis de celui à qui je l'ai faite, par les raiſons ci-deſſus rapportées, je m'y trouve obligé envers Dieu, à qui je ſuis cenſé l'avoir promis par le ſerment que j'ai fait; c'eſt pourquoi ſi je n'accomplis pas cette promeſſe, lorſqu'il eſt en mon pouvoir de le faire, je me rends coupable de parjure; *Grot. Lib.* 2, *chap.* 13, *n.* 14.

Le même Auteur obſerve que l'héritier de celui qui a fait ce ſerment n'eſt pas tenu de l'obligation qui en réſulte; parce que mon héritier qui ſuccede à ma perſonne civile, & qui me repréſente entant que membre de la ſociété civile, ſuccede bien à mes obligations contractées envers les hommes dans le commerce de la ſociété civile; mais il ne ſuccede pas à mes obligations envers Dieu. *Ibid. n.* 17.

109. St. Thomas, 11, 2, *Q.* 89, *art.* 7, a auſſi penſé qu'une promeſſe,

quoiqu'accompagnée de ſerment, n'étoit pas, à la vérité, obligatoire vis-à-vis de celui qui l'avoit extorquée par une violence injuſte, mais qu'elle l'étoit devant Dieu & dans le for de la conſcience; que cette obligation n'étoit pas, à la vérité, fondée ſur aucun vœu ou ſur aucune promeſſe, mais qu'elle étoit fondée ſur le reſpect dû au ſaint nom de Dieu qui étoit violé, lorſque nous n'accompliſſons pas ce que nous avions promis par ce ſaint Nom.

Il apporte néanmoins ce tempérament, qu'après que j'ai ſatisfait à mon ſerment en payant la choſe que l'on m'a forcé de promettre par ſerment, je puis en pourſuivre en Juſtice la répétition, ſi je puis prouver la violence qu'on m'a faite.

Ce tempérament ſouffre difficulté: car eſt-ce véritablement payer une choſe & ſatisfaire à ſon ſerment, que de la payer *dicis cauſâ*, & dans l'intention de répéter ce qu'on a payé? C'eſt pourquoi Grotius réfute ce ſentiment. *Probare non poſſum*, dit-il, *quod à quibuſdam traditum eſt, eum qui prædoni quicquam promiſerit, momentaneâ ſolutione poſſe defungi; ita ut liceat quod ſolvit recuperare; verba enim juramenti quod Deum ſimpliciſſimè, & cum effectu ſunt accipienda.* d. cap. 13, n. 15.

110. Les Papes ont auſſi décidé qu'une promeſſe accompagnée de ſerment, quoiqu'extorquée par une violence injuſte, obligeoit devant Dieu. C'eſt la déciſion d'Alexandre III, au *ch.* 8, *extrà de jurejur.* Céleſtin III, *ch.* 15, *d. t.* dit que les Papes lorſqu'ils abſolvent du violement de ce ſerment, n'entendent pas porter ceux qui ont fait de pareils ſermens à les violer, mais ſeulement uſer d'indulgence pour ce violement, qui doit être traité avec l'indulgence que méritent les fautes vénielles & non pas puni avec la rigueur que méritent les fautes mortelles. *Non eis dicatur ut juramenta non ſervent, ſed ſi non ea attenderint, non ob hoc tanquam pro mortali crimine puniendi.*

111. Puffendorf, IV, 2, 8, penſe au contraire qu'une promeſſe extorquée par violence, quoique confirmée par ſerment n'eſt pas plus obligatoire devant Dieu que devant les hommes. Ses raiſons ſont, 1°. qu'un tel ſerment, lorſqu'il eſt adreſſé à la perſonne à qui je promets une choſe, n'eſt qu'une attention ſolemnelle & religieuſe de la promeſſe que je fais à cette perſonne; mais ce n'eſt pas un vœu; il ne contient pas une promeſſe particuliere que je faſſe à Dieu d'accomplir la promeſſe que j'ai faite à cette perſonne, ni par conſéquent aucune obligation envers Dieu. 2°. Quand même on concevroit dans ce ſerment, une eſpece de vœu que je ferois à Dieu d'accomplir la promeſſe que j'ai faite; ce vœu ne ſeroit pas obligatoire envers Dieu: car de même que les promeſſes qu'on fait aux hommes, ne ſont obligatoires qu'autant qu'elles ſont acceptées par ceux à qui on les fait, de même les vœux que l'on fait à Dieu, n'obligent point envers Dieu, qu'autant qu'on peut croire que Dieu les agrée & les accepte. Or peut-on croire que ce ſoit une choſe agréable à Dieu, & que Dieu agrée qu'un innocent ſe dépouille de ſes biens au profit d'un ſcélérat, qui a extorqué ſa promeſſe, par une violence injuſte qu'il lui a faite?

A l'égard du reſpect dû au ſaint nom de Dieu, ſur lequel ſaint Thomas fonde l'obligation de tenir ce qui a été promis par ſerment; on ne peut pas, à la vérité, diſconvenir que c'eſt manquer au reſpect dû au ſaint nom de

Dieu, & pécher griévement que de promettre avec ſerment, quoique par violence, ce qu'on n'a pas intention de tenir ; puiſque c'eſt faire ſervir le ſaint nom de Dieu à un menſonge ; & Puffendorf n'en ſçauroit diſconvenir. Mais après que ce ſerment a été fait, ſoit que la perſonne eût véritablement alors l'intention d'accomplir ſa promeſſe, auquel cas il n'y a pas eu de péché, ſoit que dès ce temps, elle n'eût pas cette intention, auquel cas elle a péché en faiſant ce ſerment, le violement de ce ſerment ne paroît pas à Puffendorf être de même un péché, & une choſe contraire au culte de Dieu. Le repentir que doit avoir la perſonne d'avoir fait le ſerment, avec intention de ne pas tenir ſa promeſſe, peut paroître exiger qu'elle donne ce qu'elle a promis ; & dans le cas auquel elle avoit alors l'intention de le donner, la crainte qu'elle peut avoir de ſcandaliſer les foibles, peut auſſi la porter à donner ce qu'elle a promis de donner ; mais dans ce cas, Puffendorf penſe qu'elle fera mieux de l'appliquer à des œuvres pies, que de le donner à celui qui a extorqué d'elle la promeſſe qu'elle lui a faite, à qui cela n'eſt pas dû, & qui s'en ſerviroit pour continuer ſes crimes.

112. Il nous reſte à dire un mot du dol. Il n'eſt pas douteux qu'une promeſſe, quoiqu'atteſtée par ſerment, qui m'a été ſurpriſe par le dol de celui à qui je l'ai faite, n'eſt pas plus obligatoire vis-à-vis de lui, que le ſeroit une promeſſe extorquée par violence : car ſon dol ne l'oblige pas moins envers moi à m'en acquitter, que l'y obligeroit la violence. Mais ce ſerment oblige-t-il devant Dieu à tenir ſa promeſſe ? Dans le ſyſtême de Puffendorf qui penſe que celui extorqué par violence, n'oblige pas, celui-ci ne doit pas obliger non plus. En adoptant le ſentiment de Grotius, & des autres qui penſent que le ſerment extorqué par violence oblige, il n'en faut pas toujours conclure que celui qui a été ſurpris par le dol de celui à qui la promeſſe a été faite, oblige pareillement : car lorſqu'il eſt conſtant que ce ſerment a pour fondement la fauſſe ſuppoſition de quelque fait, ſans quoi la promeſſe n'auroit pas été faite, Grotius, *ibid. n.* 4, convient que le ſerment n'a aucun effet, même devant Dieu. La raiſon de cette différence eſt que celui qui promet, quoique contraint, promet abſolument, & ſans faire dépendre ſa promeſſe d'aucune condition ; au lieu que celui-ci a intention de faire dépendre ſa promeſſe, en quelque façon, de la vérité du fait qu'il ſuppoſe, & qui y ſert de fondement,

SECTION II.

Des autres cauſes des Obligations.

§. I.

Des quaſi-Contrats.

113. On appelle quaſi-Contrat, le fait d'une perſonne permis par la Loi, qui l'oblige envers un autre, ou oblige une autre perſonne envers elle, ſans qu'il intervienne aucune convention entre elles.

Par exemple, l'acceptation qu'un héritier fait d'une ſucceſſion eſt un quaſi-

Contrat vis-à-vis des légataires : car c'eſt un fait permis par les Loix, qui oblige cet héritier envers les légataires, à leur payer les legs portés par le teſtament du défunt, ſans qu'il ſoit intervenu aucune convention entre cet héritier & les légataires.

Un autre exemple de quaſi-Contrat, c'eſt lorſque quelqu'un paie par erreur de fait, une choſe qu'il ne doit pas. Le paiement de cette choſe eſt un fait qui oblige celui qui l'a reçue, à la rendre à celui qui l'a payée, quoiqu'on ne puiſſe pas dire qu'il ſoit intervenu en ce cas entre eux aucune convention pour la reſtitution de cette choſe.

La geſtion que quelqu'un fait des affaires d'un abſent qui ne l'en a point chargé, eſt auſſi un quaſi-Contrat qui l'oblige à en rendre compte, & oblige l'abſent envers lui à l'indemniſer de tout ce qu'il a débourſé.

Il y a quantité d'autres exemples de quaſi-Contrats que nous paſſons ſous ſilence.

114. Dans les contrats, c'eſt le conſentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quaſi-Contrats, il n'intervient aucun conſentement, & c'eſt la Loi ſeule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle réſulte. C'eſt pour cela que ces faits ſont appellés *quaſi-Contrats ;* parce que ſans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produiſent des obligations comme en produiſent les contrats.

115. Toutes perſonnes, même les enfans & les inſenſés qui ne ſont pas capables de conſentement, peuvent, par le quaſi-Contrat qui réſulte du fait d'un autre, être obligées envers lui, & l'obliger envers elles : car ce n'eſt pas le conſentement qui forme ces obligations, & elles ſe contractent par le fait d'un autre, ſans aucun fait de notre part. L'uſage de la raiſon eſt à la vérité requis dans la perſonne dont le fait forme un quaſi-Contrat ; mais il n'eſt pas requis dans les perſonnes par qui, ou envers qui, les obligations qui réſultent de ce fait ſont contractées.

Par exemple, ſi quelqu'un a géré les affaires d'un enfant, ou d'un inſenſé, cette geſtion qui eſt un quaſi-Contrat, oblige cet enfant ou cet inſenſé, à tenir compte à celui qui a géré ſes affaires, de ce qu'il a utilement dépenſé, & oblige réciproquement envers lui celui qui a géré ſes affaires, à rendre compte de ſa geſtion.

Il en eſt de même des femmes qui ſont ſous puiſſance de mari : elles peuvent de cette maniere être obligées envers les autres, & obliger les autres envers elles, ſans être autoriſées de leurs maris. Car la Loi qui leur défend de s'obliger ni de rien faire que dépendamment de leurs maris, & avec leur autorité, n'annulle que ce qu'elles feroient ſans ſon autorité, & non pas les obligations qui ſont formées ſans aucun fait de leur part.

§. II.

Des Délits & quaſi-Délits.

116. Les délits ſont la troiſieme cauſe qui produit les obligations, & les quaſi-délits la quatrieme.

On appelle *délit*, le fait par lequel une perſonne par dol ou malignité, cauſe du dommage ou quelque tort à un autre.

Le *quaſi-délit* eſt le fait par lequel une perſonne ſans malignité, mais par une imprudence qui n'eſt pas excuſable, cauſe quelque tort à un autre.

117. Les délits ou quaſi-délits different des quaſi-contrats, en ce que le fait d'où réſulte le quaſi-contrat eſt un fait permis par les Loix; au lieu que le fait qui forme le délit ou quaſi-délit, eſt un fait condamnable.

118. Il réſulte de la définition que nous avons donnée des délits & quaſi-délits, qu'il n'y a que les perſonnes qui ont l'uſage de la raiſon, qui en ſoient capables: car celles qui ne le ſont pas, tels que ſont les enfans & les inſenſés, ne ſont capables ni de malignité, ni d'imprudence.

C'eſt pourquoi ſi un enfant ou un fou fait quelque choſe qui cauſe quelque tort à quelqu'un, il n'en réſulte aucune obligation de la perſonne de cet enfant ou de ce fou: car ce fait n'eſt ni un délit, ni un quaſi-délit, puiſqu'il ne renferme ni imprudence, ni malignité, dont ces ſortes de perſonnes ne ſont pas ſuſceptibles.

On ne peut pas préciſément définir l'âge auquel les hommes ont l'uſage de la raiſon, & ſont par conſéquent capables de malignité, les uns l'ayant plutôt que les autres; cela doit s'eſtimer par les circonſtances: mais dès qu'une perſonne a l'uſage de la raiſon, & qu'on apperçoit dans le fait par lequel elle a cauſé quelque tort à un autre, de la réflexion & de la malignité, le fait eſt un délit, & la perſonne qui l'a commis, quoiqu'elle n'ait pas encore atteint l'âge de puberté, contracte l'obligation de réparer le tort qu'elle a cauſé: de-là nait cette maxime, *Neminem in delictis ætas excuſat*: l'imprudence s'excuſe bien plus facilement dans les jeunes gens.

119. Quoique l'ivreſſe faſſe perdre l'uſage de la raiſon, une perſonne ne laiſſe pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivreſſe: car c'eſt ſa faute de s'être miſe volontairement dans cet état, & en cela un homme ivre differe des enfans & des inſenſés, auxquels on ne peut imputer aucune faute.

120. Il n'eſt pas douteux qu'un interdit pour cauſe de prodigalité, s'oblige à la réparation du tort qu'il cauſe par ſes délits ou quaſi-délits qu'il commet, quoiqu'il ne puiſſe contracter aucune obligation en contractant. La raiſon de cette différence eſt évidente: ceux avec qui il a contracté doivent s'imputer d'avoir contracté avec lui, une interdiction étant publique, & devant par conſéquent leur être connue: mais on ne peut rien imputer à ceux à qui il a cauſé quelque tort par ſes délits ou quaſi-délits, ils ne doivent pas ſouffrir de ſon interdiction, elle ne doit pas procurer l'impunité de ſes délits. Cette raiſon ſert auſſi à décider qu'un interdit peut être condamné à des amendes pécuniaires pour ſes délits ou quaſi-délits, contre l'avis de la Gloſe *ad* L. *ſi quis* 7; Cod. *undè vi*; de Barthole *ad* L. *is qui bonis*, 6; ff. *de verb. obl.* & de quelques autres Docteurs, qui diſent que *poteſt quidem ſe obligare ad pœnam corporalem, ſed non ad pœnam pecuniariam, quia res ſuas alienare non poteſt*; car l'interdiction n'eſt établie que pour l'empêcher de contracter témérairement, & non pour lui procurer l'impunité de ſes delits.

Tout ce que nous venons de dire des interdits reçoit application à l'égard

des mineurs puberes, ou voiſins de la puberté, qui ſont encore ſous puiſſance de tuteur; ſauf que les fautes d'imprudence, que nous appellons *quaſi-délits*, s'excuſent plus facilement dans ces perſonnes, que dans les majeurs interdits pour prodigalité.

121. Non-ſeulement la perſonne qui a commis le délit ou le quaſi-délit, eſt obligée à la réparation du tort qu'elle a cauſé; celles qui ont ſous leur puiſſance cette perſonne, telles que ſont les peres, meres, tuteurs & précepteurs ſont tenus de cette obligation, lorſque le délit ou quaſi-délit a été commis en leur préſence, & généralement lorſque pouvant l'empêcher elles ne l'ont pas fait; mais ſi elles n'ont pu l'empêcher, elles n'en ſont point tenues. *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non poteſt;* L. 109, ff. *de regul. Jur.* quand même le délit auroit été commis à leur vu & ſçu; *culpâ caret qui ſcit, ſed prohibere non poteſt;* L. 50, ff. *d. t.*

On rend auſſi les maîtres reſponſables du tort cauſé par les délits & quaſi-délits de leurs ſerviteurs ou ouvriers qu'ils emploient à quelque ſervice. Ils le ſont même dans le cas auquel il n'auroit pas été en leur pouvoir d'empêcher le délit ou quaſi-délit, lorſque les délits ou quaſi-délits ſont commis par leſdits ſerviteurs ou ouvriers dans l'exercice des fonctions auxquelles ils ſont employés par leurs maîtres, quoiqu'en l'abſence de leurs maîtres; ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne ſe ſervir que de bons domeſtiques.

A l'égard des délits ou quaſi-délits qu'ils commettent hors de leurs fonctions, les maîtres n'en ſont point reſponſables.

122. Obſervez que ceux qui ſont tenus de l'obligation d'un délit commis par une autre perſonne, auquel ils n'ont point concouru, en ſont tenus différemment de l'auteur du délit, quoique celui-ci ſoit contraignable par corps au paiement de la ſomme à laquelle il aura été condamné pour la réparation du tort qu'il a cauſé, lorſque le délit eſt de nature à donner lieu à cette contrainte. Les perſonnes qui en ſont reſponſables, ne le ſont que civilement, & ne peuvent être contraintes que par ſaiſie de leurs biens, & non par empriſonnement de leurs perſonnes.

§. III.

De la Loi.

123. La Loi naturelle eſt la cauſe au moins médiate de toutes les obligations: car ſi les contrats, délits & quaſi-délits produiſent des obligations, c'eſt primitivement, parce que la Loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, & qu'il répare le tort qu'il a commis par ſa faute.

C'eſt auſſi cette même Loi qui rend obligatoires les faits d'où il réſulte quelque obligation, & qui ſont pour cet effet appellés *quaſi-Contrats*, comme nous l'avons déja remarqué.

Il y a des obligations qui ont pour ſeule & unique cauſe immédiate la Loi. Par exemple, ce n'eſt en vertu d'aucun contrat ni quaſi-contrat, que les enfans, lorſqu'ils en ont le moyen, ſont obligés de fournir des alimens à leurs pere & mere qui ſont dans l'indigence: c'eſt la Loi ſeule qui produit en eux cette obligation.

L'obligation que contracte la femme de reſtituer la ſomme qu'elle a empruntée ſans l'autorité de ſon mari, lorſque cette ſomme a tourné à ſon profit, n'eſt point non plus formée par aucun contrat, ni quaſi-contrat : car le contrat de prêt qui lui a été fait de cette ſomme ſans l'autorité de ſon mari, étant nul, ne peut par lui-même produire aucune obligation ; *quod nullum eſt, nullum producit effectum* : ſon obligation eſt donc produite par la Loi naturelle ſeule qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichiſſe aux dépens d'autrui : *neminem æquum eſt cum alterius damno locupletari ;* L. 206, ff. *de Reg. Jur.*

L'obligation en laquelle eſt le propriétaire d'une maiſon de la ville d'Orléans de vendre à ſon voiſin la communauté de ſon mur qui ſépare les deux maiſons, lorſque ce voiſin veut bâtir contre, eſt une obligation qui a pour ſeule & unique cauſe la Loi municipale qui en a une diſpoſition.

On peut rapporter beaucoup d'autres exemples d'obligations qui ont pour ſeule & unique cauſe la Loi.

Ces obligations produiſent une action que l'on appelle *condictio ex lege.*

SECTION III.

Des Perſonnes entre leſquelles peut ſubſiſter une Obligation.

124. Il ne peut y avoir d'obligation ſans deux perſonnes, l'une qui ait contracté l'obligation, & l'autre envers qui elle ſoit contractée.

Celui au profit duquel elle a été contractée s'appelle *créancier* ; celui qui l'a contractée s'appelle *débiteur.*

125. Quoiqu'il ſoit de l'eſſence de l'obligation qu'il y ait deux perſonnes, dont l'une ſoit créancier & l'autre débiteur, néanmoins l'obligation ne ſe détruit pas par la mort de l'une ou l'autre : car cette perſonne eſt cenſée ſurvivre à elle-même dans la perſonne de ſes héritiers qui ſuccedent à tous ſes droits & à toutes ſes obligations.

126 Quand même le créancier ou le débiteur ne laiſſeroit aucun héritier, il ne laiſſeroit pas d'être cenſé ſurvivre à lui-même, par ſa ſucceſſion vacante : car la ſucceſſion vacante d'un défunt le repréſente, tient lieu de ſa perſonne, & ſuccede en tous ſes droits comme en toutes ſes obligations : *hereditas perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*, & cette perſonne fictive, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, ſuffit pour faire ſubſiſter l'obligation après la mort, ſoit de l'un, ſoit de l'autre.

Non-ſeulement une obligation peut continuer de ſubſiſter dans la perſonne fictive d'une ſucceſſion vacante, ou envers une telle perſonne fictive ; il y a même certaines obligations qui peuvent être contractées par une telle perſonne fictive, ou envers une telle perſonne fictive.

Par exemple, lorſqu'un curateur créé à une ſucceſſion vacante, adminiſtre les biens de cette ſucceſſion, il contracte envers la perſonne fictive de la ſucceſſion vacante, l'obligation de rendre compte de ſa geſtion ; & *vice verſâ* cette perſonne fictive de la ſucceſſion vacante, contracte envers ce curateur l'obligation de lui faire raiſon de ce qu'il lui en a coûté pour ſa geſtion.

On peut apporter pluſieurs autres exemples d'obligations contractées par

une ſucceſſion vacante : telle eſt celle qu'elle contracte envers le Curé qui a enterré le défunt, pour le paiement de ſes droits de funérailles. *Vice versâ*, ſi quelqu'un vole quelque effet d'une ſucceſſion vacante, ou y cauſe quelque dommage, il en réſulte des obligations qu'il contracte envers la ſucceſſion vacante.

127. Les corps & communautés ſont des eſpeces de perſonnes civiles, qui peuvent contracter des obligations, & envers qui on en peut contracter.

128. Il eſt clair que les fous, les inſenſés, les enfans, ne ſont pas capables de contracter les obligations qui naiſſent des délits ou des quaſi-délits, ni de contracter par eux-mêmes celles qui naiſſent des contrats, puiſqu'ils ne ſont pas capables de conſentement, ſans lequel il ne peut y avoir ni conventions, ni délit ou quaſi-délit : mais ils ſont capables de contracter toutes les obligations qui ſe contractent ſans le fait de la perſonne qui la contracte. Par exemple, ſi quelqu'un a géré utilement les affaires d'un fou, d'un inſenſé, d'un enfant, cet enfant, cet inſenſé, ce fou contracte l'obligation de rembourſer cette perſonne de ce qu'il lui en a coûté pour cette geſtion, comme on l'a déja vu, *n.* 115. Ils contractent auſſi toutes les obligations que leurs tuteurs & curateurs contractent pour eux & en leur nom, *n.* 74.

Par le Droit Romain, il ne ſe pouvoit contracter d'obligation entre le pere & l'enfant qui étoit ſous ſa puiſſance, ſi ce n'étoit *ex certis cauſis*, *putà ex causâ Caſtrenſis peculii.* La raiſon eſt que l'enfant qui étoit ſous cette puiſſance, ne pouvoit *extrà has cauſas* rien avoir en propre, & acquéroit à ſon pere tout ce qu'il acquéroit. La puiſſance paternelle n'ayant point dans notre Droit cet effet, rien n'empêche qu'un pere contracte des obligations envers ſes enfans, & que ſes enfans en contractent envers lui.

SECTION IV.

De ce qui peut faire l'objet & la matiere des obligations.

129. Il ne peut y avoir d'obligation, qu'il n'y ait quelque choſe qui ſoit dû, qui en faſſe l'objet & la matiere.

§. I.

Theſe générale ſur ce qui peut être l'objet des obligations.

130. L'objet d'une obligation peut être ou une choſe proprement dite, (*res*) que le débiteur s'oblige de donner ; ou un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire : c'eſt ce qui réſulte de la définition que nous avons donnée de l'obligation.

Non-ſeulement les choſes mêmes (*res*) peuvent être l'objet d'une obligation : le ſimple uſage d'une choſe, ou la ſimple poſſeſſion de la choſe, en peut être l'objet. Par exemple, lorſque quelqu'un loue ſa choſe, c'eſt l'uſage de ſa choſe plutôt que la choſe même, qui eſt l'objet de l'obligation qu'il contracte.

Lorſque quelqu'un s'oblige à me donner quelque choſe en nantiſſement, c'eſt

c'eſt plutôt la poſſeſſion de la choſe, que la choſe même qui eſt l'objet de ſon obligation. On peut apporter mille autres exemples.

§. II.

Quelles choſes peuvent être l'objet d'une obligation.

131. Toutes les choſes qui ſont dans le commerce peuvent être l'objet des obligations.

Non-ſeulement un corps certain & déterminé, comme un tel cheval, peut être l'objet d'une obligation: quelque choſe d'indéterminé peut auſſi en être l'objet; comme lorſque quelqu'un s'engage à me donner un cheval, ſans déterminer quel cheval. Il faut néanmoins que la choſe indéterminée qui fait l'objet de l'obligation, ait dans ſon indétermination une certaine conſidération morale; *oportet ut genus quod debetur, habeat certam finitionem*; comme lorſqu'on a promis un cheval, une vache, un chapeau, en général: mais ſi l'indétermination de la choſe eſt telle, qu'elle la réduiſe preſqu'à rien, il n'y aura pas d'obligation, faute de choſe qui en ſoit l'objet & la matiere, parce que, dans l'ordre moral, *preſque rien* eſt regardé comme rien. Par exemple, de l'argent, du bled, du vin, ſans que la quantité ſoit déterminée, ni déterminable, ne peuvent être l'objet d'une obligation; parce que cela ſe peut réduire à preſque rien comme à un denier, à un grain de bled, à une goutte de vin. C'eſt par cette raiſon que la Loi 94, ff. *de verb. oblig.* décide que la ſtipulation, *triticum dare oportere*, ne produit aucune obligation, lorſqu'on ne peut ſçavoir la quantité que les contractans avoient en vue.

Au reſte, il n'eſt pas néceſſaire que la quantité qui fait l'objet de l'obligation ſoit actuellement déterminée, lorſque l'obligation eſt contractée, pourvu qu'elle ſoit déterminable. Par exemple, ſi quelqu'un s'eſt obligé de m'indemniſer des dommages & intérêts que j'ai ſoufferts, ou que je pourrai ſouffrir en une telle occaſion, l'obligation eſt valable, quoique la ſomme d'argent à laquelle ils montent ne ſoit point encore déterminée; parce qu'elle eſt déterminable par l'eſtimation qui s'en fera. Pareillement, ſi quelqu'un s'eſt obligé de me fournir du bled pour la nourriture de ma famille pendant un an, l'obligation eſt valable, quoiqu'il n'ait pas déterminé la quantité; parce qu'elle eſt déterminable par l'eſtimation qui ſe fera de ce qui eſt néceſſaire pour cela.

132. Les choſes qui n'exiſtent pas encore, mais dont on attend l'exiſtence, peuvent être l'objet d'une obligation, de maniere néanmoins que l'obligation dépende de la condition de leur future exiſtence.

Par exemple, lorſque je m'oblige à livrer à un marchand de vin, le vin que je recueillerai cette année, l'obligation eſt valablement contractée, quoiqu'il n'exiſte pas encore. Mais ſi mes vignes gelent & qu'il n'y en ait point à recueillir, l'obligation s'évanouit, faute de choſe qui en ſoit l'objet, comme ſi elle n'avoit jamais été contractée.

Cette regle, que les choſes futures peuvent être l'objet d'une obligation, reçoit une exception par les Loix Romaines à l'égard des ſucceſſions futures. Ces loix proſcrivent comme indécentes & contraires à l'honnêteté publique,

toutes les conventions par rapport aux ſucceſſions futures, ſoit celle par laquelle une perſonne traiteroit ou diſpoſeroit de ſa propre ſucceſſion future envers une autre perſonne à qui il promettoit de la lui laiſſer, quand même cette convention ſe feroit par un contrat de mariage ; *L.* 15, *cod. de pact.* ſoit celles par leſquelles des parties traiteroient de la ſucceſſion future d'un tiers, que leſdites parties ou l'une d'elles s'attendent de recueillir ; *L. fin. cod. de pact.* à moins que ce tiers n'intervînt & ne donnât ſon conſentement à la convention ; *d. l. L. fin.*

Dans notre Droit François, la faveur des contrats de mariage y a fait admettre les conventions ſur les ſucceſſions futures. Nous pouvons par le contrat de mariage d'une perſonne, nous engager envers elle de lui laiſſer notre ſucceſſion future en tout ou en partie : nous pouvons pareillement nous engager de la laiſſer aux enfans qui naîtront du mariage. C'eſt ce qui ſe fait par les inſtitutions d'héritier contractuelles, qui ſont en uſage dans nos contrats de mariage, & dont nous avons traité en l'Appendice qui eſt à la fin de notre *Introd. au tit. des ſucceſſ. de la Cout. d'Orléans.* On peut pareillement par les contrats de mariage, faire pour l'intérêt de l'une des deux familles contractantes, telles conventions qu'on juge à propos ſur les ſucceſſions futures des tiers. Les ſtipulations de propre *à ceux du côté & ligne*, ſont des conventions de cette eſpece : nous en avons traité en notre *Introd. gén. ſur la Cout. d'Orléans, ch.* 3, *art.* 4, §. 3. Hors les contrats de mariage, les conventions ſur les ſucceſſions futures ſont rejettées par notre Droit François, de même qu'elles l'étoient par le Droit Romain.

Il ne faut pas confondre avec une ſucceſſion future, la ſubſtitution ou le fidéicommis des biens d'un défunt qui me les a laiſſés à la charge de les rendre à quelqu'un après ma mort. Cette ſubſtitution ou fidéicommis n'eſt pas une ſucceſſion future ; elle ne fait pas partie de ma ſucceſſion future ; c'eſt une ſimple dette dont je ſuis tenu après ma mort envers ceux qui ſont appellés à la ſubſtitution, & dont ils peuvent traiter de mon vivant, ſoit avec moi, ſoit entr'eux ; *L.* 1 *&* 16, *cod. de pact. ; L.* 11, *cod. de tranſ.*

La regle que les choſes futures peuvent être l'objet d'une obligation, reçoit une autre exception par les loix de police, telles que ſont celles qui défendent aux Marchands d'acheter les bleds ou les foins avant la récolte, les laines avant la tonte, & déclarent tels marchés nuls ; *Voyez le Tr. de Police de Delamare.*

133. Non-ſeulement les choſes qui appartiennent au débiteur peuvent être l'objet de ſon obligation, mais même celles qui ne lui appartiennent pas, lorſqu'il s'eſt obligé de les donner ; & il eſt obligé de les racheter de ceux à qui elles appartiennent, pour les donner à celui à qui il les a promiſes.

Si ceux à qui elles appartiennent ne vouloient pas les vendre, le débiteur ne pourroit pas ſe prétendre quitte de ſon obligation, ſur le prétexte qu'il ne tient pas à lui de l'accomplir, & qu'on ne peut pas être obligé à l'impoſſible. Car cette maxime, qu'on n'eſt pas obligé à l'impoſſible, n'eſt vraie que lorſque l'impoſſibilité eſt abſolue : mais lorſque la choſe eſt poſſible en ſoi, l'obligation ne laiſſe pas de ſubſiſter, quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir du débiteur de l'accomplir ; & il eſt tenu des dommages & intérêts réſultans de l'inexécution : il ſuffit que la choſe fût poſſible en ſoi, pour que le créancier ait été en droit

de compter ſur l'exécution de ce qu'on lui promettoit ; c'eſt le débiteur qui eſt en faute de n'avoir pas bien examiné avant que de s'engager, s'il étoit en pouvoir d'accomplir ce qu'il promettoit.

134. On peut bien s'obliger à donner une choſe qui appartient à un tiers ; mais on ne peut contracter l'obligation de donner à quelqu'un une choſe qui lui appartient déja ; *L.* 1, §. 10, ff. *obl. & act.* à moins qu'elle ne lui appartienne qu'imparfaitement : car en ce cas l'obligation ſeroit valable, à l'effet que le débiteur fût tenu de la lui faire appartenir parfaitement. *Voyez* notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 8 *& ſuiv.*

135. Il eſt évident que les choſes qui ne ſont pas dans le commerce, ne peuvent être l'objet d'une obligation. Par exemple, on ne peut pas s'obliger de donner une Egliſe, une place publique, un canonicat, *&c.*

On ne peut pas non plus contracter l'obligation de donner à quelqu'un une choſe qu'il eſt incapable d'avoir ; par exemple, un droit de ſervitude dans un héritage, à celui qui n'a point d'héritage voiſin. Mais il n'eſt pas néceſſaire que celui qui s'engage à donner une choſe, ſoit capable d'avoir & de poſſéder cette choſe, pourvu que celui à qui il s'engage de la donner en ſoit capable ; *l.* 34, ff. *de verb. obl.*

L'Edit de 1749, *art.* 14, ayant rendu les gens de main-morte incapables d'acquérir des immeubles, on ne peut contracter envers eux l'obligation de leur donner un immeuble.

Un office vénal peut-il être dû à une femme ? Oui, car quoiqu'elle ſoit incapable du titre de l'office, elle n'eſt pas incapable d'avoir le droit de finance de l'office ; & c'eſt cette finance plutôt que le titre qui eſt dans le commerce, & qui eſt l'objet de l'obligation.

§. III.

Quels faits peuvent être l'objet des obligations.

136. Pour qu'un fait puiſſe être l'objet d'une obligation, il faut qu'il ſoit poſſible ; car *impoſſibilium nulla obligatio eſt ;* L. 85, ff. *de R. J.*

Au reſte, il ſuffit que le fait auquel quelqu'un s'oblige envers moi, ſoit poſſible en ſoi, quoiqu'il ne lui ſoit pas poſſible : car ſi je n'avois pas connoiſſance qu'il ne lui étoit pas poſſible, j'ai eu droit de compter ſur ſa promeſſe ; & il s'eſt obligé valablement en ce cas envers moi : *in id quanti mea intereſt non eſſe deceptum.* Il doit s'imputer de n'avoir pas examiné ſes forces, & de s'être témérairement engagé à quelque choſe qui les ſurpaſſoit.

137. Un fait qui eſt contraire aux loix, ou aux bonnes mœurs, eſt ſemblable à celui qui ſeroit abſolument impoſſible, & ne peut pas non plus être l'objet d'une obligation.

Pour qu'un fait puiſſe être l'objet d'une obligation, il faut auſſi que ce que le débiteur s'eſt obligé de faire, ſoit quelque choſe de déterminé. C'eſt pourquoi la loi 2, §. 5, ff. *de eo quod certo loco*, décide que ſi quelqu'un promettoit à un autre de lui bâtir une maiſon ſans dire où, il ne contracteroit point d'obligation.

138. Enfin, ce qu'on s'oblige de faire ou de ne pas faire, doit être tel, que celui envers qui l'obligation eſt contractée ait intérêt que cela ſoit fait, ou ne ſoit pas fait; & cet intérêt doit être un intérêt appréciable.

La raiſon en eſt évidente : une obligation étant un lien de droit, il ne peut y avoir d'obligation, lorſque celui qui a promis de faire ou de ne pas faire, peut impunément ne pas exécuter ſa promeſſe : or il eſt évident qu'il peut impunément ne la pas exécuter, lorſque je n'ai aucun intérêt appréciable qu'il faſſe ou ne faſſe pas ce qu'il m'a promis; car il ne peut réſulter contre lui aucuns dommages & intérêts de l'inexécution de ſa promeſſe, les dommages & intérêts n'étant autre choſe que l'eſtimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation.

139. Un fait auquel la partie qui le ſtipule n'a aucun intérêt, ne peut à la vérité être l'objet d'une obligation; mais il peut en être la condition ou la charge. Par exemple, ſi j'étois convenu avec vous que vous viendriez à Orléans étudier en Droit pendant un an, cette convention ſeroit nulle, & il n'en réſulteroit aucune obligation; parce que ce fait auquel je n'ai aucun intérêt, ne peut être l'objet d'une obligation envers moi. Mais ſi nous étions convenus que je vous donnerois dix piſtoles, ſi vous veniez étudier en Droit à Orléans, ou à la charge que vous y viendriez, la convention ſeroit valable; car ce fait, quoiqu'il ne m'intéreſſe aucunement, peut être la condition ou la charge de l'obligation qui réſulte de notre convention.

Suivant ce principe, on a jugé valable une promeſſe par laquelle un neveu avoit promis à ſon oncle de ne plus jouer, à peine de trois cens livres qu'il s'obligeoit de lui donner, s'il manquoit à ſa promeſſe. L'Arrêt eſt rapporté par Maynard & par Papon.

140. Un fait pour être la matiere d'une obligation civile, doit être un fait auquel celui envers qui elle eſt contractée, ait un intérêt appréciable à prix d'argent, ſuivant les raiſons expliquées ci-deſſus. Mais il n'en eſt pas de même de l'obligation naturelle : il ſuffit que le fait qui en eſt la matiere, ſoit un fait auquel celui envers qui l'obligation eſt contractée, ait un intérêt d'une juſte affection, pour que l'obligation ſoit valable comme obligation naturelle. Celui qui a promis ce fait & qui manque à ſa parole, ayant le pouvoir de l'accomplir, peche, & ſe rend coupable dans le for de la conſcience, quoiqu'il ne puiſſe être pourſuivi dans le for extérieur. *Voyez ſuprà*, *S.* 1, *art.* 5, §. 1.

CHAPITRE II.

De l'effet des Obligations.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet des Obligations de la part du Débiteur.

§. I.

De l'obligation de donner.

141. CELUI qui s'eſt obligé de donner une choſe, eſt tenu de la donner en temps & lieu convenable, au créancier ou à quelqu'un qui ait pouvoir ou qualité pour la recevoir en ſa place. Voyez la troiſieme Partie de ce Traité, *ch. premier*, où nous traitons des paiemens des obligations.

142. Lorſque c'eſt un corps certain qui eſt l'objet de l'obligation, l'obligation a encore cet effet à l'égard du débiteur, qu'elle l'oblige à apporter un ſoin convenable à la conſervation de la choſe due, juſqu'au paiement qu'il en fera : & ſi faute d'avoir apporté ce ſoin, la choſe vient à périr, à ſe perdre, ou à être détériorée, il eſt tenu des dommages & intérêts du créancier qui en réſultent. Nous traiterons de ces dommages & intérêts *infrà*, *art.* 3.

Le ſoin qu'il doit apporter à cette conſervation, eſt différent, ſelon la différente nature des contrats ou quaſi-contrats d'où l'obligation deſcend.

La Loi 5, §. 2, ff. *commodat.* donne cette regle, que lorſque le contrat ne concerne que la ſeule utilité de celui à qui la choſe doit être donnée ou reſtituée, le débiteur qui s'eſt obligé à la donner ou reſtituer, n'eſt obligé qu'à apporter de la bonne foi à la conſervation de la choſe, & n'eſt tenu par conſéquent à cet égard que de la faute lourde, qui à cauſe de ſon énormité, tient du Dol : *tenetur duntaxat de latâ culpâ & dolo proximo.* Par exemple, un dépoſitaire n'eſt tenu à apporter que de la bonne foi à la conſervation du dépôt qui lui a été confié, & qu'il s'eſt obligé de reſtituer ; parce que le contrat de dépôt ſe fait pour la ſeule utilité de celui qui a confié la choſe, & à qui le dépoſitaire s'eſt obligé de la reſtituer. Si le contrat concerne l'utilité commune des deux contractans, le débiteur eſt tenu d'apporter à la conſervation de la choſe qu'il doit, le ſoin ordinaire que les perſonnes prudentes apportent à leurs affaires ; & il eſt tenu en conſéquence de la faute légere. Par exemple, le vendeur eſt tenu de cette faute, à l'égard de la choſe vendue qu'il s'eſt obligé de livrer : le créancier eſt tenu de cette faute, à l'égard de la choſe reçue en nantiſſement, à la reſtitution de laquelle il s'eſt obligé ; parce que ces contrats de vente, de nantiſſement, ſe ſont pour l'utilité reſpective des contractans. Si le contrat n'eſt fait que pour la ſeule utilité du débiteur, tel qu'eſt le contrat de prêt à uſage, il eſt obligé à apporter à la

conſervation de la choſe, non-ſeulement un ſoin ordinaire, mais tout le ſoin poſſible ; & il eſt par conſéquent tenu de la faute la plus légere.

Cette regle reçoit néanmoins beaucoup d'exceptions, comme nous le verrons dans les Traités particuliers ſur les différens contrats, & quaſi-contrats.

A l'égard des cas fortuits, & de la force majeure, *vis divina*, le débiteur d'un corps certain, tant qu'il n'eſt pas en demeure de payer, n'en eſt jamais tenu, à moins que par une convention particuliere, il ne s'en fût chargé, ou qu'une faute précédente du débiteur eût donné lieu au cas fortuit. Par exemple, ſi je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu, & que vous ayez été attaqué par des voleurs, qui aient volé ou tué mon cheval, quoique cette violence que vous avez ſoufferte ſoit un cas fortuit, dont un débiteur n'eſt pas ordinairement tenu, néanmoins ſi au lieu de ſuivre la route ordinaire & la plus ſure, vous avez pris un chemin de traverſe, connu pour être infecté de voleurs, dans lequel vous avez été attaqué, vous ſerez tenu de ce cas fortuit, parce que c'eſt votre imprudence qui y a donné lieu.

143. C'eſt encore un effet de l'obligation de donner, de la part du débiteur, que lorſqu'il a été en demeure de ſatisfaire à ſon obligation, il ſoit tenu des dommages & intérêts du créancier réſultans de cette demeure, & qu'il doive en conſéquence l'indemniſer de tout ce qu'il auroit eu, ſi la choſe lui eût été donnée auſſi-tôt qu'il l'a demandée.

C'eſt en conſéquence de ce principe, que ſi la choſe due a été détériorée, ou même eſt totalement périe, depuis la demeure du débiteur, par quelque cas fortuit ou force majeure, le débiteur eſt tenu de cette perte, dans les cas auxquels la choſe n'auroit pas également péri chez le créancier.

C'eſt auſſi en conſéquence de ce principe, que le débiteur eſt tenu de faire raiſon au créancier, non-ſeulement des fruits perçus, mais de tous ceux qui auroient pu être perçus par le créancier depuis la demeure du débiteur.

Sur les autres eſpeces de dommages & intérêts, *Voyez* infrà *l'art.* 3.

144. Obſervez que ſuivant nos uſages, un débiteur n'eſt cenſé mis en demeure de donner la choſe par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite, & ſeulement du jour de cette interpellation.

Cette déciſion a lieu, quoique la choſe ſoit due à des mineurs, ou à l'Egliſe, les principes du Droit Romain ſur la demeure qui ſe contractoit *re ipſâ* envers ces perſonnes, n'étant pas d'uſage parmi nous.

Il faut excepter de notre déciſion les voleurs qui ſont cenſés en demeure de ſatisfaire à l'obligation qu'ils ont contractée de reſtituer la choſe volée, dès l'inſtant même qu'ils l'ont contractée par le vol qu'ils ont commis, ſans qu'il ſoit beſoin à leur égard d'aucune interpellation judiciaire ; L. *fin. de cond. furt.*

La demeure en laquelle a été le débiteur de donner la choſe, ceſſe par des offres valablement faites, par leſquelles il a mis le créancier en demeure de recevoir.

145. L'obligation de donner une choſe s'étend quelquefois aux fruits de cette choſe, lorſqu'elle en produit, & aux intérêts, lorſque c'eſt une ſomme d'argent qui eſt due.

Ordinairement le débiteur ne doit que les fruits qui ont été, ou pu être perçus depuis l'interpellation judiciaire qui l'a mis en demeure ; & les intérêts

ne courent pareillement que depuis ce temps. Quelquefois néanmoins les fruits & les intérêts ſont dûs avant la demeure, comme dans les contrats de vente d'une choſe frugifere. Cela dépend de la différente nature des contrats & autres cauſes d'où naiſſent les obligations. C'eſt ce que nous verrons en traitant des différens contrats & quaſi-contrats.

§. II.

De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

146. L'effet de l'obligation qu'une perſonne a contractée de faire quelque choſe, eſt qu'elle doit faire ce qu'elle s'eſt engagée de faire, & que ſi elle ne le fait pas, après avoir été miſe en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux dommages & intérêts de celui envers qui elle s'eſt obligée; c'eſt-à-dire, *in id quanti creditoris interſit factum fuiſſe id quod promiſſum eſt*: ce qui doit être eſtimé à une ſomme de deniers par des experts convenus entre les parties.

Ordinairement le débiteur ne peut être mis en demeure, que par une demande en Juſtice, que le créancier forme contre lui, à ce qu'il ſoit tenu de faire ce qu'il a promis, ſinon qu'il ſoit condamné en des dommages & intérêts.

Le Juge ſur cette demande preſcrit un certain temps dans lequel le débiteur ſera tenu de faire ce qu'il a promis; & faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages & intérêts.

Si le débiteur ſatisfait dans ledit temps à ſon obligation, il évite les dommages & intérêts, & il doit ſeulement les dépens; à moins que le Juge n'eſtimât qu'il fût dû quelques dommages & intérêts pour le retard.

147. Quelquefois le débiteur eſt tenu des dommages & intérêts du créancier, faute d'avoir fait ce qu'il s'étoit obligé de faire, quoiqu'il n'ait pas été interpellé par une demande en Juſtice. Cela a lieu lorſque la choſe que le débiteur s'eſt obligé de faire, ne pouvoit ſe faire utilement que dans un certain temps qu'il a laiſſé paſſer. Par exemple, ſi j'ai chargé un Procureur de former pour moi une oppoſition au décret d'un héritage qui m'étoit hypothéqué, & que ce Procureur ait laiſſé interpoſer le décret ſans faire l'oppoſition, il eſt tenu de mes dommages & intérêts, quoique je n'aie pas formé de demande contre lui pour qu'il fut tenu de la faire; le temps dans lequel il devoit ſçavoir que cette oppoſition devoit être faite, l'interpelloit ſuffiſamment.

148. L'effet de l'obligation qu'une perſonne a contractée de ne pas faire quelque choſe, eſt que ſi elle le fait, elle eſt tenue des dommages & intérêts réſultans du préjudice qu'elle a cauſé en faiſant cela, à celui envers qui elle s'étoit obligée de ne le pas faire.

149. Lorſque celui qui s'étoit obligé à faire quelque choſe, a été empêché de le faire par quelque cas fortuit & force majeure; & pareillement lorſque celui qui s'étoit obligé de ne pas faire quelque choſe, a été contraint par quelque force majeure à le faire, il n'y a lieu à aucuns dommages & intérêts, car *nemo præſtat caſus fortuitos*.

Obſervez que je dois dans ce cas vous avertir de la force majeure qui

m'empêche de faire ce à quoi je me ſuis engagé envers vous ; afin que vous puiſſiez prendre vos meſures, pour y pourvoir par vous-même ou par un autre. Sans cela je n'éviterai pas les dommages & intérêts ; à moins que cette force majeure ne m'eût auſſi ôté le pouvoir de vous faire avertir ; L. 27, §. 2, ff. *mand.*

ARTICLE II.

De l'effet de l'obligation par rapport au Créancier.

150. Les effets de l'obligation par rapport au créancier, ſont 1°. Le droit qu'elle lui donne de pourſuivre en Juſtice le débiteur, pour le paiement de ce qui eſt contenu dans l'obligation.

2°. Lorſque l'obligation eſt d'une ſomme liquide, elle donne le droit au créancier de l'oppoſer à ſon débiteur en compenſation juſqu'à due concurrence de celle qu'il devroit à ſon débiteur. Nous traiterons de cette compenſation *infrà*, *part.* 3, *chap.* 4.

3°. L'obligation ſert au créancier de fondement aux autres obligations que des fidéjuſſeurs pourroient contracter envers lui pour la perſonne qui l'a contractée. Nous parlerons de ces fidéjuſſeurs, *part.* 2, *chap.* 6.

4°. Elle ſert de matiere à la novation, lorſqu'il en intervient. *Voyez* ce qui concerne les novations *infrà*, *part.* 3, *chap.* 2.

Nous avons ici à traiter ſeulement du premier & du principal effet de l'obligation, qui eſt le droit qu'elle donne au créancier de pourſuivre par les voies judiciaires le paiement de ce qui lui eſt dû. Il faut à cet égard diſtinguer le cas auquel l'obligation conſiſte à donner quelque choſe, & celui auquel elle conſiſte à faire ou à ne pas faire quelque choſe.

§. I.

Du cas auquel l'obligation conſiſte à donner.

151. Le droit que cette obligation donne au créancier de pourſuivre le paiement de la choſe que le débiteur s'eſt obligé de lui donner, n'eſt pas un droit qu'elle lui donne dans cette choſe, *jus in re* ; ce n'eſt qu'un droit contre la perſonne du débiteur pour le faire condamner à donner cette choſe, *jus ad rem. Obligationum ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat, ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum vel faciendum* ; L. 3, ff. *de obligat. & act.*

La choſe que le débiteur s'eſt obligé de donner, continue donc de lui appartenir, & le créancier ne peut en devenir propriétaire, que par la tradition réelle ou feinte que lui en fera le débiteur, en accompliſſant ſon obligation.

Juſqu'à cette tradition le créancier n'a que le droit de demander la choſe ; & il n'a ce droit que contre la perſonne du débiteur qui a contracté l'obligation envers lui, ou contre ſes héritiers & ſucceſſeurs univerſels ; parce que l'héritier ſuccede à tous les droits actifs & paſſifs du défunt, & par conſéquent à ſes obligations ;

obligations ; & parce que les ſucceſſeurs univerſels du débiteur ſuccédans à ſes biens, ſuccedent auſſi par conſéquent à ſes dettes, qui ſont une charge de ſes biens.

152. Delà il ſuit que ſi mon débiteur, depuis qu'il a contracté envers moi l'obligation de me donner une choſe, a fait paſſer cette choſe à un tiers à titre ſingulier, ſoit de vente, ſoit de donation, je ne pourrai point demander cette choſe à ce tiers acquéreur, mais ſeulement à mon débiteur, qui faute de me la pouvoir donner, ne l'ayant plus, ſera condamné en mes dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de ſon obligation.

La raiſon eſt, que ſuivant nos principes, l'obligation ne donnant au créancier aucun droit dans la choſe qui lui eſt due, je n'ai aucun droit dans la choſe qui m'étoit due, que je puiſſe pourſuivre contre celui dans les mains de qui elle ſe trouve. Le droit que donne l'obligation étant un droit que le créancier n'a que contre le débiteur & ſes ſucceſſeurs univerſels, je ne puis avoir aucune action contre le tiers acquéreur de cette choſe, qui étant un acquéreur à titre ſingulier, n'a point ſuccédé aux obligations de celui qui s'eſt obligé envers moi, *L. quoties* 15, *Cod. de R. vind.* ; *Paul, ſent. V.* 11, 4.

Par la même raiſon, ſi mon débiteur a légué la choſe qu'il s'étoit obligé de me donner, & qu'il meure, il en aura par ſa mort transféré la propriété au légataire, ſuivant la regle de Droit, qui porte que *dominium rei legatæ ſtatim à morte teſtatoris tranſit à teſtatore in legatarium ;* car en étant, ſuivant nos principes, demeuré propriétaire, il a pu lui en transférer la propriété. Ce ſera donc au légataire qu'elle devra être délivrée ; & je n'aurai en ce cas qu'une action en dommages & intérêts contre les héritiers de mon débiteur. L. 32, ff. *locat.*

153. Obſervez néanmoins que ſi le débiteur, lorſqu'il a fait paſſer à un tiers la choſe qu'il s'étoit obligé de me donner, n'étoit pas ſolvable, je pourrois agir contre le tiers acquéreur pour faire reſcinder l'aliénation qui lui en a été faite en fraude de ma créance, pourvu qu'il ait été participant de la fraude, *conſcius fraudis*, s'il étoit acquéreur à titre onéreux : s'il étoit acquéreur à titre gratuit, il ne ſeroit pas même néceſſaire pour cela qu'il eût été participant de la fraude. *Tit.* ff. *his quæ in fraud. cred.*

Obſervez auſſi que ſi la vente m'a été faite par un acte devant Notaire, & que la choſe vendue ſoit un héritage ou autre immeuble, j'ai un droit d'hypotheque ſur cet héritage pour l'exécution de l'obligation que mon vendeur a contractée envers moi ; & je puis pourſuivre ce droit d'hypotheque contre ce ſecond acheteur que je trouve en poſſeſſion de cet héritage. Il peut, à la vérité, me renvoyer à la diſcuſſion des biens de mon vendeur, pour les dommages & intérêts qui me ſont dus, réſultans de l'inexécution de l'obligation qui a été contractée envers moi ; mais ſi cette diſcuſſion eſt infructueuſe par l'inſolvabilité de mon vendeur, le ſecond acheteur ſera obligé de délaiſſer l'héritage ſur mon action hypothécaire, ſi mieux il n'aime me payer mes dommages & intérêts.

154. Quoiqu'une obligation perſonnelle ne donne pas elle-même au créancier envers qui elle eſt contractée, aucun droit dans la choſe qui en fait l'objet, néanmoins il y a certaines obligations, à l'exécution deſquelles la choſe qui en fait l'objet, eſt affectée ; & cette affectation donne un droit dans

la choſe au créancier, pour pourſuivre l'exécution de l'obligation, contre les tiers détenteurs de cette choſe. Telle eſt l'obligation qui réſulte de la clauſe de réméré, par laquelle l'acheteur d'un héritage s'oblige envers le vendeur, de le lui rendre lorſqu'il y voudra rentrer, en le rembourſant de tout ce qu'il lui en a coûté. L'héritage qui fait l'objt de cette obligation de l'acheteur, eſt affecté à l'exécution de cette obligation, & le vendeur peut en pourſuivre l'exécution contre un tiers détenteur de l'héritage. Mais ce n'eſt pas l'obligation qui produit ce droit d'affectation : l'obligation n'eſt par elle-même capable de donner de droit que contre la perſonne qui l'a contractée : ce droit d'affectation réſulte de ce que le vendeur en aliénant ſon héritage, eſt cenſé s'y être retenu ce droit d'affectation aux obligations que l'acheteur contractoit envers lui par rapport à cet héritage.

Ce droit d'affectation eſt bien plus fort que le droit d'hypotheque. Le créancier d'un corps certain affecté à l'accompliſſement de ſa créance, peut faire condamner le poſſeſſeur à lui délaiſſer préciſément la choſe, ſans que le poſſeſſeur puiſſe le renvoyer contre le débiteur principal, & ſans qu'il puiſſe lui offrir à la place de la choſe, les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation.

155. A l'égard des voies qu'a le créancier pour obliger le débiteur ou ſes héritiers & ſucceſſeurs univerſels à lui donner ce qui lui eſt dû, il y en a deux, la voie de commandement & d'exécution, & celle de ſimple demande.

La premiere conſiſte à faire au débiteur, à ſa perſonne ou à ſon domicile, par un Sergent, un commandement de payer, & à ſaiſir ſur ſon refus ſes meubles, ou même ſes immeubles, & à les faire vendre pour être payé ſur le prix.

Pour que le créancier ait cette voie de commandement & exécution, il faut que trois choſes concourent. 1°. Il faut que la dette ſoit d'une ſomme d'argent certaine & liquide; ou d'une certaine quantité d'eſpeces *fungibiles*, comme de bled, de vin, *&c.* Obſervez que quoiqu'on puiſſe ſaiſir pour une dette de ces eſpeces, lorſque la quantité due eſt liquide, on doit néanmoins ſurſeoir à la vente juſqu'après l'appréciation; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 33, *art.* 2.

Il faut, 2°. ordinairement (1) que le créancier ait un titre exécutoire, c'eſt-à-dire, un acte devant Notaire, revêtu de ſes formes, par lequel le débiteur ſe ſoit obligé de payer, ou un jugement de condamnation qui ne ſoit pas ſuſpendu par un appel ou une oppoſition. *Voyez* notre Introduction au Titre 20 de la Coutume d'Orléans, *chap.* 2, §. 1.

Il faut, 3°. que ce ſoit contre la perſonne même qui s'eſt obligée par acte devant Notaire, ou qui a été condamnée, que le créancier procede par voie d'exécution. Quoique les héritiers de cette perſonne ſuccedent à ſes obligations, le créancier ne peut procéder contr'eux que par la voie de demande, juſqu'à ce qu'ils aient paſſé titre nouvel devant Notaires, ou que le créancier ait obtenu contr'eux un jugement de condamnation.

---

(1) J'ai dit *ordinairement*, parce que dans notre Coutume d'Orléans un créancier de loyers de maiſon, de fermes d'héritage, ou d'arrérages de rente fonciere, peut ſans titre exécutoire procéder par voie d'exécution pour trois termes; *Orleans*, *art.* 406.

Lorſque ces trois choſes concourent, le créancier a la voie d'exécution, & il ne lui eſt pas permis de prendre la voie de la demande.

La voie de ſimple demande eſt celle que doit prendre le créancier qui n'a pas la voie d'exécution : elle conſiſte à aſſigner le débiteur devant le Juge compétent, & à obtenir contre lui ſentence de condamnation.

156. Lorſque la choſe due eſt un corps certain, & que le débiteur condamné par Sentence à donner la choſe, a cette choſe en ſa poſſeſſion, le Juge ſur le requis du créancier, doit lui permettre de la ſaiſir & de s'en mettre en poſſeſſion ; & il ne ſuffit pas au débiteur d'offrir en ce cas les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de ſon obligation. *Voyez* à cet égard notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 67.

§. II.

Du cas auquel l'obligation conſiſte à faire ou ne pas faire.

157. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé à faire quelque choſe, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur préciſément à faire ce qu'il s'eſt obligé de faire, mais ſeulement celui de le faire condamner en ſes dommages & intérêts, faute d'avoir ſatisfait à ſon obligation.

C'eſt en cette obligation de dommages & intérêts, que ſe réſolvent toutes les obligations de faire quelque choſe ; car *nemo poteſt præcisè cogi ad factum.*

158. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé à ne pas faire quelque choſe, le droit que donne cette obligation au créancier, eſt celui de pourſuivre en Juſtice le débiteur, en cas de contravention à ſon obligation, pour le faire condamner aux dommages & intérêts réſultans de la contravention.

Si ce qu'il s'étoit obligé de ne pas faire, & qu'il a fait au préjudice de ſon obligation, eſt quelque choſe qui puiſſe ſe détruire, le créancier peut auſſi conclure contre ſon débiteur à la deſtruction. Par exemple, ſi mon voiſin s'eſt obligé envers moi à ne pas fermer ſon avenue pour m'y laiſſer le paſſage libre, & qu'au préjudice de cette obligation il l'ait fermée par une barriere, ou par un foſſé, je puis faire ordonner qu'il ſera tenu de retirer ſa barriere, ou de combler ſon foſſé ; & que faute par lui de le faire dans un certain temps, je ſerai autoriſé à faire à ſes dépens combler le foſſé, ou enlever la barriere.

Article III.

Des dommages & intérêts réſultans ſoit de l'inexécution des obligations, ſoit du retard apporté à leur exécution.

159. On appelle *dommages & intérêts*, la perte que quelqu'un a faite, & le gain qu'il a manqué de faire : c'eſt la définition qu'en donne la Loi 13, ff. *Rat. rem hab. quantum mea interfuit ; id eſt quantum mihi abeſt, quantumque lucrari potui.*

Lors donc que l'on dit que le débiteur eſt tenu des dommages & intérêts du créancier réſultans de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il

doit indemniſer le créancier de la perte que lui a cauſée, & du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation.

160. Il ne faut pas néanmoins aſſujettir le débiteur à indemniſer le créancier de toutes les pertes indiſtinctement que lui a occaſionnées l'inexécution de l'obligation, & encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, ſi le débiteur eût ſatisfait à ſon obligation. Il faut à cet égard diſtinguer différens cas & différentes eſpeces de dommages & intérêts; & il faut même, ſelon les différens cas, apporter une certaine modération à la taxation & eſtimation de ceux dont il eſt tenu.

Lorſqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, & que ce n'eſt que par une ſimple faute qu'il n'a pas exécuté ſon obligation, ſoit parce qu'il s'eſt engagé témérairement à ce qu'il ne pouvoit accomplir, ſoit parce qu'il s'eſt mis depuis par ſa faute hors d'état d'accomplir ſon engagement, dans ces cas le débiteur n'eſt tenu que des dommages & intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat, que le créancier pourroit ſouffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur eſt cenſé ne s'être ſoumis qu'à ceux-ci.

161. Ordinairement les parties ſont cenſées n'avoir prévu que les dommages & intérêts, que le créancier par l'inexécution de l'obligation, pourroit ſouffrir par rapport à la choſe même qui en a été l'objet, & non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occaſionnés d'ailleurs dans ſes autres biens. C'eſt pourquoi dans ce cas, le débiteur n'eſt pas tenu de ceux-ci, mais ſeulement de ceux ſoufferts par rapport à la choſe qui a fait l'objet de l'obligation; *damni & intereſſe, propter ipſam rem non habitam.*

Par exemple, ſuppoſons que j'ai vendu à quelqu'un un cheval, que je me ſuis obligé de lui livrer dans un certain temps, & que je n'ai pu lui livrer; ſi dans ce temps les chevaux étoient augmentés de prix, ce que l'acheteur a été obligé de payer de plus qu'il n'avoit acheté le mien, pour en avoir un autre de pareille qualité, eſt un dommage dont je ſuis obligé de l'indemniſer. Car c'eſt un dommage qu'il a ſouffert *propter rem ipſam non habitam*, qui n'a rapport qu'à la choſe qui a fait l'objet du contrat, que j'ai pu prévoir qu'il pourroit ſouffrir; le prix des chevaux, comme de toutes les autres marchandiſes, étant ſujet à varier. Mais ſi cet acheteur étoit un Chanoine, qui faute d'avoir le cheval que je m'étois engagé à lui livrer, & n'en ayant pu trouver d'autres, n'a pu arriver à temps au lieu de ſon bénéfice, pour gagner ſes gros fruits, je ne ſerai pas tenu de la perte que ce Chanoine a faite de ſes gros fruits, quoique ce ſoit l'inexécution de mon obligation qui la lui a cauſée; car c'eſt un dommage qui eſt étranger à ce qui a fait l'objet de mon obligation, qui n'a pas été prévu lors du contrat, & à la réparation duquel on ne peut pas dire que je me ſois ſoumis en contractant.

Pareillement, ſi j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maiſon que je croyois de bonne foi m'appartenir, & qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je ſerai tenu des dommages & intérêts de mon locataire, réſultans des frais qu'il aura été obligé de faire pour ſon délogement, comme auſſi de ceux réſultans de ce que le prix des loyers de maiſon étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maiſon plus cher pendant le temps qui reſtoit à expirer du bail. Car ces dommages

& intérêts ont un rapport prochain à la jouiſſance de la maiſon qui a fait l'objet de mon obligation, & ſont ſoufferts par le locataire, *propter ipſam rem non habitam.*

Mais ſi ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maiſon que je lui ai louée, & que ſon délogement lui ait fait perdre des pratiques, & cauſé un tort dans ſon commerce, je ne ſerai pas tenu de ce dommage qui eſt étranger, & qui n'a pas été prévu lors du contrat.

A plus forte raiſon ſi dans le délogement quelques meubles précieux de mon locataire ont été briſés, je ne ſerai pas tenu de ce dommage; car c'eſt l'impéritie des gens dont il s'eſt ſervi qui en eſt la cauſe, & non l'éviction qu'il a ſoufferte; elle en eſt ſeulement l'occaſion.

162. Quelquefois le débiteur eſt tenu des dommages & intérêts du créancier, quoique extrinſeques; ſçavoir, lorſqu'il paroît que par le contrat ils ont été prévus, & que le débiteur s'en eſt, ou expreſſément ou tacitement chargé en cas d'inexécution de ſon obligation. Par exemple, j'ai vendu mon cheval à un Chanoine, & il y avoit une clauſe expreſſe dans le marché, par lequel je me ſuis obligé de le lui livrer aſſez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de ſon bénéfice, & à temps pour gagner ſes gros-fruits : ſi dans ce cas j'ai manqué par ma faute, quoique ſans dol, à remplir mon obligation, & que ce Chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je ſerai tenu même des dommages extrinſeques réſultans de la perte qu'il a faite de ſes gros-fruits; car par la clauſe du marché, le riſque de ce dommage a été prévu & exprimé, & je ſuis cenſé m'en être chargé.

Pareillement, ſi j'ai loué ma maiſon à quelqu'un en ſa qualité de Marchand, ou ſi je l'ai louée pour y faire auberge, & que le locataire ſoit évincé dans ſa jouiſſance, les dommages & intérêts dont je ſuis tenu envers lui, ne ſe borneront pas aux frais du délogement, & à ceux qui peuvent réſulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devoient s'y borner dans l'eſpece ci-devant rapportée : la perte qu'il pourra faire de ſes pratiques, s'il n'a pu trouver d'autre maiſon dans le quartier, y devra auſſi entrer pour quelque choſe. Car lui ayant loué ma maiſon pour y faire une boutique, ou une auberge, cette eſpece de dommage eſt un dommage dont le riſque a été prévu, & auquel je ſuis cenſé m'être tacitement ſoumis.

163. Voici un autre exemple de notre diſtinction. Une perſonne m'a vendu des pieces de bois; je m'en ſuis ſervi pour étayer mon bâtiment, qui s'eſt écroulé par le défaut des pieces de bois qui étoient pourries : ſi le vendeur n'étoit pas homme du métier, & qu'il m'ait vendu de bonne foi ces pieces de bois dont il ignoroit le défaut, les dommages & intérêts réſultans de ce que les bois qu'il m'a vendus, ſe ſont trouvés défectueux, ne conſiſteront qu'à me faire une déduction ſur le prix, de ce que je les ai achetés de trop, en achetant pour bon ce qui étoit défectueux; mais ils ne s'étendront pas à la perte que j'ai faite par la ruine de mon bâtiment : car le vendeur qui m'a vendu le bois de bonne foi, & qui n'étoit pas plus obligé de s'y connoître que moi, n'eſt pas cenſé s'être chargé de ce riſque; L. 13, ff. *de act. empt.*

Mais ſi celui qui m'a vendu ces étais, eſt un homme du métier, un Charpentier qui m'a vendu ces étais pour étayer mon bâtiment, il ſera tenu envers

moi des dommages & intérêts réſultans de l'écroulement de mon bâtiment par le défaut de ces étais, & il ne ſera pas reçu à alléguer qu'il les croyoit bons & ſuffiſans : car quand il diroit vrai, cette ignorance de ſa part ne ſeroit pas excuſable dans un homme qui fait profeſſion publique d'un état & d'un art : *imperitia culpæ annumeratur ;* L. 132, ff. *de R. J.* En me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment, & en me les vendant dans ſa qualité de Charpentier, il eſt cenſé s'être rendu reſponſable que les étais ſeroient ſuffiſans, & s'être chargé du riſque de mon bâtiment, s'ils ne l'étoient pas ; *Molin. tract. de eo quod intereſt*, n. 51.

Obſervez néanmoins qu'il ne doit être tenu que du riſque dont il s'eſt chargé. C'eſt pourquoi ſi ce Charpentier m'a vendu ces étais pour ſoutenir un certain bâtiment, & que je m'en ſois ſervi pour ſoutenir un bâtiment plus conſidérable, non-ſeulement ce Charpentier ne ſera pas tenu de la ruine de ce bâtiment, dans le cas auquel ces étais euſſent été ſuffiſans pour le ſoutien du petit bâtiment pour lequel ils étoient deſtinés, parce qu'en ce cas ce Charpentier n'étoit en faute d'aucune façon ; mais même dans le cas auquel il auroit été en faute, ſes étais étant abſolument défectueux & inſuffiſans même pour le ſoutien du petit bâtiment pour lequel ils étoient deſtinés, il ne ſera tenu de mes dommages & intérêts réſultans de la ruine de mon grand bâtiment, que juſqu'à concurrence de la valeur du petit bâtiment. Car ne m'ayant vendu ſes étais que pour le ſoutien du petit bâtiment, il n'a entendu ſe charger du riſque des dommages & intérêts que je ſouffrirois, que juſqu'à la valeur du petit bâtiment ; il ne doit pas par conſéquent, ſuivant nos principes, être tenu au-delà. Peut-être auroit-il été plus aviſé, s'il eût cru courir un plus grand riſque, & qu'il les eût vendus pour le ſoutien du grand bâtiment ; *Molin. ibid.* n. 62.

Par une ſemblable raiſon, Dumoulin décide que lorſqu'un Charpentier m'a vendu des étais pour le ſoutien de mon bâtiment, qui par le défaut & l'inſuffiſance de ces étais, s'eſt écroulé, les dommages & intérêts dont il eſt tenu, ſe bornent à la ruine du bâtiment, & ne s'étendent pas à la perte que j'ai faite des meubles qui étoient dedans, qui ſe ſont briſés ou perdus dans les ruines. Car cet ouvrier en me vendant ces étais pour le ſoutien de mon bâtiment, n'a entendu répondre que de la conſervation du bâtiment : ce n'eſt que de ce riſque dont il s'eſt chargé, & non du riſque de la perte de mes meubles qu'il n'a pas pu prévoir que j'y laiſſerois, étant ordinaire de démeubler les maiſons qu'on étaie. C'eſt pourquoi ce Charpentier ne doit pas être tenu de la perte de ces meubles, à moins qu'il ne ſe fût chargé expreſſément de ce riſque ; *Molin. ibid.* n. 63 & 64.

Il n'en eſt pas de même d'un entrepreneur avec qui j'ai fait marché pour me conſtruire une maiſon, laquelle quelque temps après qu'elle a été conſtruite, s'eſt écroulée par défaut de conſtruction. Ces dommages & intérêts dont eſt tenu envers moi cet entrepreneur ignorant, faute d'avoir rempli comme il devoit ſon obligation, s'étendent non-ſeulement à la perte que j'ai faite de la maiſon, mais même à celle des meubles qui étoient dans la maiſon, & qu'on n'a pu ſauver : car cet entrepreneur en s'obligeant de me conſtruire une maiſon pour m'y loger, ou un locataire, n'a pu ignorer qu'on y porteroit des meubles, & qu'on n'y pouvoit loger qu'avec ces meubles, & par conſéquent il s'eſt chargé du riſque des meubles ; *Molin. ibid.* n. 64.

164. Il nous reſte à obſerver à l'égard des dommages & intérêts dont eſt tenu un débiteur, faute d'avoir rempli ſon obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, que lorſque les dommages & intérêts ſont conſidérables, ils ne doivent pas être taxés & liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération.

C'eſt ſur ce principe que Juſtinien *en la Loi unique, Cod. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt*, ordonne que les dommages & intérêts, *in caſibus certis*, c'eſt-à-dire, comme l'explique Dumoulin, *ibid.* n. 42, *& ſeq.* lorſqu'ils ne ſe rapportent qu'à la choſe qui a fait l'objet de l'obligation, ne puiſſent être taxés au-delà du double de la valeur de cette choſe, icelle valeur compriſe.

La déciſion de cette Loi peut s'appliquer à l'eſpece ſuivante. J'ai acheté pour le prix de quatre mille livres, une maiſon de vignes dans une Province éloignée : lors de mon acquiſition le vin qui fait tout le revenu de cet héritage, étoit à très-vil prix dans cette Province, parce qu'il n'y avoit alors aucun débouché pour l'exporter ; depuis mon acquiſition, le Roi a fait faire un canal qui en procure l'exportation, & qui en fait monter le prix au quadruple & plus, ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'étoit que de quatre mille livres, à plus de ſeize mille livres ; il eſt évident que ſi je viens à être évincé de cet héritage, mes dommages & intérêts réſultans de cette éviction qui ne ſont autre choſe que, *id quanti mihi hodie intereſt hunc fundum habere licere*, montent dans la vérité à plus de ſeize mille livres. Néanmoins ſuivant cette Loi, pour tous les dommages & intérêts qui me ſont dûs tant pour la plus value de l'héritage, que pour le rembourſement des loyaux-coûts de mon acquiſition, le vendeur qui m'a vendu de bonne foi cet héritage, ne doit pas être condamné envers moi à plus grande ſomme qu'à huit mille livres, la reſtitution du prix de ces quatre mille livres compriſe : la condamnation des dommages & intérêts, qui, comme dans cette eſpece, ſont dûs ſeulement *propter ipſam rem non habitam & in caſu certo*, ne devant jamais, ſuivant cette Loi, excéder le double du prix de la choſe qui a fait l'objet de l'obligation.

Le principe ſur lequel cette déciſion eſt fondée, eſt que les obligations qui naiſſent des contrats, ne peuvent ſe former que par le conſentement & la volonté des parties. Or le débiteur en s'obligeant aux dommages & intérêts qui réſulteroient de l'inexécution de ſon obligation, eſt cenſé n'avoir entendu ni voulu s'obliger, que juſqu'à la ſomme à laquelle il a pu vraiſemblablement prévoir que pourroient monter au plus haut leſdits dommages & intérêts, & non au-delà : donc lorſque ces dommages & intérêts ſe trouvent monter à une ſomme exceſſive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penſer qu'ils pourroient monter, ils doivent être réduits & modérés à la ſomme à laquelle on pouvoit raiſonnablement penſer qu'ils pourroient monter au plus haut ; le débiteur étant cenſé n'avoir pas conſenti de s'obliger à davantage ; *Molin. tract. de eo quod intereſt*, n. 60.

Cette Loi de Juſtinien en tant qu'elle borne la modération des dommages & intérêts exceſſifs, *préciſément* au double de la valeur de la choſe, eſt en cela une Loi arbitraire qui n'a pas autorité de Loi dans nos Provinces. Mais le principe ſur lequel elle eſt fondée, qui ne permet pas qu'un débiteur à qui on ne peut reprocher aucun dol, ſoit tenu des dommages & intérêts réſultans

de l'inexécution de ſon obligation, au-delà de la ſomme juſqu'à laquelle il a pu penſer qu'ils pourroient monter au plus haut, étant un principe fondé dans la raiſon & l'équité naturelle, nous devons le ſuivre, & modérer conformément à ce principe, les dommages & intérêts lorſqu'ils ſe trouvent exceſſifs, en laiſſant cette modération à l'arbitrage du Juge.

165. Il eſt évident que la réduction des dommages & intérêts au double du prix de la choſe qui a fait l'objet de l'obligation primitive, n'a d'application qu'à ceux qui ſont dûs par rapport à la choſe ſeulement; & qu'elle ne peut recevoir, à l'égard de ceux que le créancier a ſoufferts *extrinſecus* dans ſes autres biens, lorſque le débiteur s'y eſt expreſſément ou tacitement ſoumis: car ces dommages & intérêts n'étant pas dûs pour raiſon de la choſe, qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent ſe régler ſur la valeur de cette choſe; & ils montent quelquefois au décuple & plus de cette choſe. Par exemple, les dommages & intérêts dont eſt tenu envers moi un Tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, réſultans de la perte que j'ai faite du vin que j'y avois mis, peuvent monter à plus que le décuple de la valeur des tonneaux: car en me vendant en ſa qualité de Tonnelier les tonneaux, il s'eſt rendu reſponſable de leur bonté, & il s'eſt tacitement chargé du riſque de la perte du vin, qui peut monter à dix ou vingt fois plus que le prix des tonneaux. Cette eſpece de dommage ne concernant pas les tonneaux, mais le vin qu'on mettra dedans, ne doit pas ſe régler ſur le prix des tonneaux; *Molin. ibid.* n. 49.

Néanmoins même à l'égard de ces dommages extrinſeques on doit uſer de modération, lorſqu'ils ſe trouvent exceſſifs, & l'on ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la ſomme à laquelle il a pu penſer qu'ils pourroient monter au plus haut. Par exemple, ſi j'ai mis dans un tonneau un vin étranger, ou une autre liqueur d'un prix immenſe, qui eſt perdue par le vice du tonneau, le Tonnelier qui me l'a vendu, ne doit pas être condamné à m'indemniſer de cette perte en entier, mais ſeulement juſqu'à concurrence du prix d'un tonneau de vin du meilleur du pays. Car en me vendant le tonneau, il n'a pas entendu ſe charger d'autre riſque, n'ayant pu prévoir que j'y mettrois une liqueur d'un prix plus conſidérable; *Molin. ibid.* n. 60.

Par la même raiſon, l'entrepreneur de ma maiſon qui s'eſt écroulée par le vice de la conſtruction, eſt bien tenu envers moi, comme nous l'avons dit ci-deſſus, de la perte des meubles qui ſe ſont perdus ou briſés ſous les ruines: mais s'il s'étoit perdu des pierreries, ou des manuſcrits d'un prix immenſe, il ne devroit pas être chargé en entier de cette perte; il eſt tenu ſeulement juſqu'à concurrence du prix auquel peuvent ordinairement monter les meubles d'une perſonne de mon état.

166. Les principes que nous avons établis juſqu'à préſent n'ont pas lieu, lorſque c'eſt le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages & intérêts. En ce cas le débiteur eſt tenu indiſtinctement de tous les dommages & intérêts que j'ai ſoufferts, auxquels ſon dol a donné lieu, non-ſeulement de ceux que j'ai ſoufferts par rapport à la choſe qui a fait l'objet du contrat, *propter rem ipſam*, mais de tous les dommages & intérêts que j'ai ſoufferts par rapport à mes autres biens, ſans qu'il y ait lieu de diſtinguer & de diſcuter

en

en ce cas, ſi le débiteur doit être cenſé s'y être ſoumis. Car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit*, à la réparation de tout le tort que ce dol cauſera; *Molin. ibid.* n. 155.

Par exemple, ſi un Marchand m'a vendu une vache qu'il ſçavoit être infectée d'une maladie contagieuſe, & qu'il m'ait diſſimulé ce vice, cette diſſimulation eſt un dol de ſa part, qui le rend reſponſable du dommage que j'ai ſouffert, non-ſeulement dans la vache même qu'il m'a vendue, & qui a fait l'objet de ſon obligation primitive; mais pareillement de ce que j'ai ſouffert dans tous mes autres beſtiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion; *L.* 13, ff. *de act. empt.*: car c'eſt le dol de ce Marchand qui m'a cauſé tout ce dommage.

167. A l'égard des autres dommages que j'ai ſoufferts, qui ſont une ſuite plus éloignée & plus indirecte du dol de mon débiteur, en ſera-t-il tenu? Par exemple, ſi en retenant la même ſuppoſition, la contagion qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres, le dommage que je ſouffre de ce que mes terres ſont demeurées incultes, paroît auſſi une ſuite du dol de ce Marchand qui m'a vendu une vache peſtiférée: mais c'eſt une ſuite plus éloignée que ne l'eſt la perte que j'ai ſoufferte de mes beſtiaux par la contagion; ce Marchand ſera-t-il tenu de ce dommage? *Quid*, ſi la perte que j'ai faite de mes beſtiaux, & le dommage que j'ai ſouffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait ſaiſir réellement & décréter mes biens à vil prix, le Marchand ſera-t-il tenu auſſi de ce dommage? La regle qui me paroît devoir être ſuivie en ce cas, eſt qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages & intérêts dont un débiteur eſt tenu, pour raiſon de ſon dol, ceux qui non-ſeulement n'en ſont qu'une ſuite éloignée, mais qui n'en ſont pas une ſuite néceſſaire, & qui peuvent avoir d'autres cauſes. Par exemple, dans l'eſpece ci-deſſus propoſée, ce Marchand ne ſera pas tenu des dommages que j'ai ſoufferts par la ſaiſie-réelle de mes biens: ce dommage n'eſt qu'une ſuite très-éloignée & très-indirecte de ſon dol, & il n'y a pas une relation néceſſaire; car quoique la perte de mes beſtiaux, que ſon dol m'a cauſée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir eu d'autres cauſes.

Cela eſt conforme à la doctrine de Dumoulin, *ibid. n.* 179, où en parlant des dommages dont eſt tenu le locataire d'une maiſon, qui y a mis le feu par malice, il dit: *Et adhuc in doloſo intelligitur venire omne detrimentum tunc & proximè ſecutum, non autem damnum poſteà ſuccedens ex novo caſu, etiam occaſione dictæ combuſtionis, ſine quâ non contigiſſet; quia iſtud eſt damnum remotum quod non eſt in conſideratione.*

La perte que j'ai ſoufferte par le défaut de culture de mes terres, paroît être une ſuite moins éloignée du dol de ce marchand: néanmoins je penſe qu'il n'en doit pas être tenu, ou du moins qu'il n'en doit pas être tenu en entier. Ce défaut de culture n'eſt pas une ſuite abſolument néceſſaire de la perte de mes beſtiaux, que m'a cauſé le dol de ce marchand: je pouvois, nonobſtant cette perte de mes beſtiaux, obvier à ce défaut de culture, en faiſant cultiver mes terres par d'autres beſtiaux que j'aurois achetés, ou ſi je n'avois pas le

moyen, que j'aurois loués, ou en affermant mes terres, ſi je n'avois pas le moyen de les faire valoir moi-même. Néanmoins comme en ayant recours à ces expédiens, je n'aurois pas retiré autant de profit de mes terres, que ſi je les avois fait valoir par moi-même, par mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque choſe dans les dommages & intérêts dont il eſt tenu.

168. Les dommages & intérêts qui réſultent du dol du débiteur, different encore des dommages & intérêts ordinaires, en ce que *la loi unique*, *Cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt*, *&c.* & la modération qui, ſuivant l'eſprit de cette loi, eſt obſervée à l'égard des dommages & intérêts ordinaires, n'ont pas lieu à l'égard de ceux qui réſultent du dol du débiteur. La raiſon de différence en eſt évidente. Cette modération qui ſe pratique à l'égard des dommages & intérêts ordinaires, eſt fondée ſur ce principe que nous avons expoſé ci-deſſus, qu'un débiteur ne peut être cenſé avoir voulu s'obliger pour dommages & intérêts, à une plus grande ſomme que celle à laquelle il a pu penſer que pourroient monter au plus haut les dommages & intérêts auxquels il ſe ſoumettoit, en cas d'inexécution de ſon obligation : or ce principe ne peut avoir d'application aux dommages & intérêts qui réſultent du dol; parce que quiconque commet un dol, s'oblige indiſtinctement, *velit*, *nolit*, à la réparation du tort que ſon dol cauſera.

Il doit néanmoins être laiſſé à la prudence du Juge, même en cas de dol, d'uſer de quelqu'indulgence ſur la taxation des dommages & intérêts.

Ces déciſions ont lieu, ſoit que le dol ait été commis *delinquendo*, ſoit qu'il ait été commis *contrahendo*; Molin. *ibid. n.* 155.

169. Il nous reſte à dire un mot des dommages & intérêts qui réſultent du retard apporté par le débiteur à l'exécution de ſon obligation.

Un débiteur eſt tenu non-ſeulement des dommages & intérêts du créancier qui réſultent de l'inexécution abſolue de ſon obligation, lorſqu'il ne l'a pas accomplie : il eſt pareillement tenu de ceux qui réſultent du retard qu'il a ſeulement apporté à l'accomplir, depuis qu'il a été mis en demeure de le faire.

Ces dommages & intérêts conſiſtent dans la perte que le créancier a ſouffrerte, & dans le gain dont il a été privé par ce retard; pourvu que cette perte & cette privation de gain en aient été des ſuites néceſſaires.

On les eſtime dans toute la rigueur, & on les étend à quelque eſpece de dommages & intérêts que ce ſoit, lorſque c'eſt par dol & par une contumace affectée que le débiteur a apporté du retard à l'accompliſſement de ſon obligation.

Mais lorſqu'on ne peut lui reprocher que de la négligence, ces dommages & intérêts doivent s'eſtimer avec beaucoup plus de modération, & ne doivent être étendus qu'à ceux qui ont pu être prévus lors du contrat, & auxquels le débiteur s'eſt expreſſément ou tacitement ſoumis.

170. Telles ſont les regles générales. On en ſuit une particuliere à l'égard du retard apporté par un débiteur, dans l'accompliſſement des obligations, qui conſiſtent à donner une certaine ſomme d'argent. Comme les différens dommages & intérêts qui peuvent réſulter du retard de l'accompliſſement de

cette eſpece d'obligation, varient à l'infini, & qu'il eſt auſſi difficile de les prévoir que de les juſtifier, il a été néceſſaire de les régler comme par une eſpece de forfait, à quelque choſe de fixe. C'eſt ce qu'on a fait, en les fixant aux intérêts de la ſomme due au taux de l'Ordonnance, qui commencent à courir contre le débiteur, du jour qu'il a été mis en demeure, juſqu'au paiement; ces intérêts étant le prix commun du profit légitime que le créancier auroit pu retirer de la ſomme qui lui étoit due, ſi elle lui avoit été payée.

En conſéquence de cette eſpece de forfait, quelque grand que ſoit le dommage que le créancier ait ſouffert du retard que le débiteur a apporté au paiement de la ſomme due, ſoit que ce retard ait procédé d'une ſimple négligence, ſoit qu'il ait procédé d'un dol & d'une contumace affectée, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement que ces intérêts.

Mais d'un autre côté il n'eſt pas aſſujetti pour pouvoir les exiger, à juſtifier du dommage que le retard du paiement lui a cauſé.

171. Notre principe ſouffre exception à l'égard des lettres de change. Lorſque celui ſur qui une lettre de change eſt tirée, a été refuſant de la payer au jour de l'échéance, le propriétaire de la lettre qui l'a fait proteſter, peut, par forme de dommages & intérêts du retard qu'il a ſouffert, exiger du tireur & des endoſſeurs le rechange, quand même il excéderoit l'intérêt ordinaire de l'argent. On appelle *rechange* le profit qu'il a payé à des Banquiers ſur le lieu, afin d'avoir de l'argent pour des lettres de change, à la place de celui qu'il devoit recevoir ſur le lieu: *Voyez* notre Traité des Lettres de change, *n.* 64.

172. Telles ſont les regles pour le for extérieur: mais dans le for de la conſcience, ſi le créancier n'a ſouffert aucuns dommages du retard du paiement de la ſomme qui lui étoit due, c'eſt-à-dire, ſi ce retard ne lui a cauſé aucune perte, & ne l'a privé d'aucun gain, il ne doit pas exiger ces intérêts: car ces intérêts ſont accordés comme un dédommagement, & il n'en peut être dû à celui qui n'a ſouffert aucun dommage.

Vice versâ, ſi le dommage que le retard a cauſé au créancier, eſt plus grand que ces intérêts; ſelon les regles du for de la conſcience, lorſque le débiteur par dol & par une contumace affectée, a été en demeure de payer ce qu'il pouvoit payer facilement, il doit indemniſer le créancier entiérement de tous les dommages qu'il ſçait que lui a cauſés ſa demeure injuſte, & il ne ſuffit pas qu'il paie les intérêts, du jour de ſa demeure.

Il en eſt autrement lorſqu'il n'y a pas de dol de la part du débiteur dans ſa demeure. La raiſon de différence eſt que, hors le cas du dol, un débiteur n'eſt tenu que des dommages & intérêts auxquels il eſt cenſé avoir conſenti de ſe ſoumettre, leſquels dans ce cas-ci, ſont les intérêts de la ſomme depuis la demeure.

Une autre différence entre le for extérieur & celui de la conſcience, c'eſt que dans celui-ci il n'eſt pas toujours néceſſaire qu'il y ait une interpellation judiciaire, pour que le débiteur ſoit mis en demeure, & que les intérêts courent contre lui. Car ſi mon créancier m'avertit qu'il a beſoin de ſon argent, & que ce créancier, à ma priere, par égard pour moi, & pour ne pas faire tort à mon crédit, n'ait pas recours à l'interpellation judiciaire, comptant ſur ma bonne foi, & ſur la promeſſe que je lui fais de l'indemniſer, de même que

s'il y avoit eu recours, je ſuis dans ce cas, au for de la conſcience, ſuffiſamment mis en demeure par cet avertiſſement, & je ſuis tenu des intérêts qui courront depuis. C'eſt mal-à-propos que l'Auteur des Conférences de Paris ſur l'Uſure, *tom.* 1, *pag.* 379 *& ſuiv.* proſcrit ces intérêts comme uſuraires: il n'y a d'intérêts uſuraires que ceux qui ſont exigés comme la récompenſe du prêt qui doit être gratuit; mais ceux-ci ont une cauſe juſte; ſçavoir, le dédommagement du tort que je cauſe à mon créancier, par le retard que j'apporte à l'exécution de mon obligation. Cet Auteur ſe fonde ſur ce raiſonnement. Nous ne tenons, dit-il, que de la loi les biens & les droits qee nous avons: or nos loix n'accordent aux créanciers le droit de percevoir des intérêts des ſommes qui leur ſont dues, que lorſqu'ils ſont adjugés par Sentence ſur une demande judiciaire: donc, conclut cet Auteur, ſans une interpellation judiciaire, un créancier n'a pas le droit de percevoir des intérêts des ſommes qui lui ſont dues, & il ne peut en conſcience les recevoir.

La réponſe eſt que ſi le créancier ne peut, dans le for extérieur, exiger des intérets ſans une interpellation judiciaire, c'eſt qu'il ne peut ſans cela juſtifier la demeure en laquelle a été ſon débiteur de le payer; cette interpellation judiciaire étant la ſeule preuve de cette demeure, qui ſoit reçue dans les Tribunaux. Mais ſi dans la vérité ſon débiteur a été en demeure de le payer, il a le droit de recevoir de lui les intérêts, pour dédommagement du tort que lui a cauſé la demeure de ſon débiteur, & il tient ce droit de la plus reſpectable de toutes les loix, ſçavoir, de la loi naturelle, qui oblige tous les débiteurs à remplir leurs obligations, & à dédommager leur créancier, du tort qu'il a ſouffert par le retard qu'ils y ont apporté. Lorſqu'un créancier, par égard pour ſon débiteur, n'a pas recours à la voie de l'interpellation judiciaire qui pourroit ruiner le crédit de ſon débiteur, c'eſt un bon office qu'il rend à ſon débiteur; ce créancier ne doit pas ſouffrir d'avoir rendu ce bon office à ſon débiteur; *officium ſuum nemini debet eſſe damnoſum.* C'eſt une abſurdité que de vouloir que le créancier qui ménage ſon débiteur, ſoit, pour l'avoir ménagé, de pire condition que s'il avoit exercé les voies de rigueur.

SECONDE PARTIE.

Des différentes eſpeces d'Obligations.

CHAPITRE PREMIER.

Expoſition générale des différentes eſpeces d'Obligations.

§. I.

Premiere Division.

173. LA premiere diviſion des Obligations ſe tire de la nature du lien qu'elles produiſent. Les obligations conſidérées ſous ce regard, ſe diviſent en obligations naturelles & civiles tout enſemble, en obligations ſeulement civiles, & en obligations ſeulement naturelles.

On appelle *Obligation civile* celle qui eſt un lien de droit, *vinculum juris*, & qui donne à celui envers qui elle eſt contractée, le droit d'exiger en juſtice ce qui y eſt contenu.

On appelle *Obligation naturelle* celle qui dans le for de l'honneur & de la conſcience, oblige celui qui l'a contractée, à l'accompliſſement de ce qui y eſt contenu.

174. Les obligations ſont ordinairement civiles & naturelles tout enſemble. Il y en a néanmoins quelques-unes qui ſont obligations civiles ſeulement, ſans être en même temps obligations naturelles, & à l'accompliſſement deſquelles le débiteur peut être contraint en juſtice, quoiqu'il n'y ſoit pas obligé dans le for de la conſcience.

Telle eſt l'obligation qui réſulte d'un jugement de condamnation rendu par erreur de droit ou de fait, & dont il n'y a pas d'appel. Celui qui eſt condamné par ce jugement, eſt obligé envers celui au profit de qui le jugement eſt rendu, à lui payer ce qui eſt porté par la condamnation; & il peut y être contraint par les voies judiciaires, quoiqu'il ne le doive pas dans la vérité & ſelon le for de la conſcience: c'eſt l'autorité de la choſe jugée, qui forme cette obligation. Le ſerment déciſoire produit une pareille obligation. Lorſque la partie à qui on demandoit une choſe, s'eſt rapportée au ſerment déciſoire du demandeur, qui a juré que la choſe lui étoit due, ce ſerment oblige le défendeur à payer à ce demandeur la choſe qu'il a juré lui être due, quoique dans la vérité & ſelon le for de la conſcience, elle ne lui ſoit pas due.

175. Il y a auſſi des obligations qui ſont ſeulement des obligations naturelles, ſans être obligations civiles. Ces obligations, dans le for de l'honneur & de la conſcience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir: mais

la loi civile refuſe l'action à celui envers qui elles ſont contractées, pour en pourſuivre en juſtice l'exécution.

Ces obligations ne ſont qu'improprement obligations; car elles ne ſont pas un lien de droit, *vinculum juris* : elles n'impoſent pas à celui qui les a contractées, une véritable néceſſité de les accomplir, puiſqu'il ne peut y être contraint par celui envers qui il les a contractées ; & c'eſt néanmoins dans cette *néceſſité* que conſiſte le caractere de l'obligation, *vinculis juris quo neceſſitate adſtringimur:* elles ſont ſeulement *pudoris & æquitatis vinculum.*

Nous traiterons en particulier de cette eſpece d'obligation dans le chapitre ſuivant.

§. II.

Deuxieme Division.

176. La ſeconde diviſion des obligations ſe tire des différentes manieres dont elles peuvent être contractées. On les diviſe en pures & ſimples, & en conditionnelles.

Les *pures & ſimples* ſont celles qui ne ſont ſuſpendues par aucune condition, ſoit qu'elles aient été contractées ſans aucune condition, ſoit que la condition ſous laquelle elles ont été contractées, ait été accomplie.

Les obligations *conditionnelles* ſont celles qui ſont ſuſpendues par une condition qui n'eſt pas encore accomplie, & ſous laquelle elles ont été contractées.

177. On appelle obligations pures & ſimples dans un ſens plus étroit, celles qui ſont contractées ſans aucune des modalités ou modifications qui vont être rapportées. Ces modalités ſont, la condition réſolutoire, le temps limité pour la durée de l'obligation, le terme & le lieu du paiement, la faculté de payer à un autre qu'au créancier, celle de payer une autre choſe à la place de celle qui fait l'objet de l'obligation. L'alternative entre pluſieurs choſes qui ſont l'objet de l'obligation, la ſolidité entre pluſieurs créanciers ou entre pluſieurs débiteurs d'une même obligation, ſont encore des modalités des obligations.

Toutes ces différentes modalités ſont autant de différentes eſpeces d'obligations dont nous traiterons au Chapitre troiſieme.

III, IV & V Division.

178. Ces diviſions ſe tirent de la qualité des différentes choſes qui en ſont l'objet.

Il y a des obligations de donner, & des obligations de faire : *ſtipulationum quædam in dando, quædam in faciendo* ; L. 3, ff. *de verb. obl.*

Les obligations de faire, comprennent auſſi celles par leſquelles quelqu'un s'eſt obligé de ne pas faire quelque choſe.

Il y a cette différence entre les obligations de donner, & les obligations de faire, que celui qui s'eſt obligé de donner une choſe, peut, lorſqu'il l'a en ſa poſſeſſion, être préciſément contraint à la donner; le créancier peut, malgré lui, en être mis en poſſeſſion par autorité de Juſtice; au lieu que celui qui s'eſt obligé à faire quelque choſe, ne peut être contraint préciſément à le faire: mais faute par lui de remplir cette obligation, elle ſe convertit en une obli-

gation de payer les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution ; & ces dommages & intérêts conſiſtent dans la ſomme d'argent à laquelle ils ſont liquidés & eſtimés par des Experts nommés par les Parties, ou par le Juge.

179. On diſtingue encore les obligations ou dettes en dettes liquides & non liquides. Les dettes liquides ſont les dettes d'une certaine choſe, *Obligatio rei certæ.* Gaius en donne cette définition, *certum eſt quod ex ipsâ pronunciatione apparet, quid, quale, quantùmque ſit ;* L. 74, §. 1, ff. *de verb. obl.* Telles ſont les dettes d'un corps certain, ou d'une certaine ſomme d'argent, d'une certaine quantité de bled, de vin, *&c.*

Une dette n'eſt pas liquide lorſque la choſe ou la ſomme qui eſt due, n'eſt pas encore conſtatée ; *Ubi non apparet, quid, quale, quantumque eſt in ſtipulatione ;* L. 75, ff. *dict. tit.*

Telles ſont les dettes de dommages & intérêts, juſqu'à ce qu'ils aient été liquidés, & par conſéquent toutes les obligations qui conſiſtent à faire ou à ne pas faire quelque choſe, *d. l.* 75, §. 7 ; puiſqu'elles ſe réſolvent en obligations de dommages & intérêts. Les dettes d'une choſe indéterminée, les dettes alternatives, juſqu'à ce que le débiteur ait fait ſon choix, ou qu'ayant été mis en demeure de le faire, il ait été référé au créancier, ſont auſſi des dettes non liquides, *d. l.* 75, §. 1, §. 8, *V. in Pand. Juſtin. tit. de verb. obl.* n°. 78, 79, 80, 81.

Il y a pluſieurs différences entre les dettes liquides & celles qui ne le ſont pas. Le créancier d'une dette liquide, lorſqu'il a un titre exécutoire, peut procéder par commandement & par ſaiſie des biens de ſon débiteur. Le créancier d'une dette qui n'eſt pas liquide ne le peut. La créance d'une ſomme liquide peut être oppoſée en compenſation d'une autre dette liquide, une créance qui n'eſt pas encore liquide ne peut être oppoſée en compenſation.

Obſervez à l'égard des dettes de grains, & autres choſes *quæ in quantitate conſiſtunt*, qu'on diſtingue la liquidation de l'appréciation. La dette eſt *liquide*, lorſque la quantité de ces choſes, qui eſt due eſt conſtante, *cùm conſtat quantum debeatur ;* & elle donne au créancier qui a un titre exécutoire, le droit de ſaiſir les effets de ſon débiteur : mais il ne peut les vendre juſqu'à l'appréciation ; c'eſt-à-dire, juſqu'à ce qu'on ait évalué à quelle ſomme d'argent monte la quantité de ces eſpeces qui eſt due. Ordonnance de 1667, *tit.* 33, *art.* 2.

180. On diviſe encore les obligations en obligations d'un corps certain, & en obligations d'une choſe indéterminée d'un certain genre de choſes : c'eſt ce qu'on appelle *obligatio generis.*

Nous traiterons *ex profeſſo* de ces obligations en la Section premiere du Chapitre 4.

181. Enfin, on diviſe les obligations en dividuelles & en individuelles, ſuivant que la choſe qui eſt due eſt ſuſceptible de parties, au moins intellectuelles, ou ne l'eſt pas. Nous en traiterons *ex profeſſo* audit Chapitre 4, Section 2.

§. IV.

Sixieme Division.

182. On diviſe les obligations en obligations principales, & en obligations acceſſoires. Cette diviſion ſe tire de l'ordre qu'ont entr'elles les choſes qui en ſont l'objet.

L'obligation *principale* eſt l'obligation de ce qui fait le principal objet de l'engagement qui a été contracté entre les parties.

On appelle obligations *acceſſoires*, celles qui ſont comme des ſuites & des dépendances de l'obligation principale.

Par exemple, dans le contrat de vente d'un héritage, l'obligation principale que le vendeur contracte, eſt l'obligation de livrer cet héritage à l'acheteur, & de le garantir de tous troubles & de toutes évictions ; *obligatio præſtandi emptori rem habere licere.*

L'obligation de lui remettre les titres & enſeignemens qui concernent cet héritage, celle d'apporter la bonne foi dans le contrat, & le ſoin convenable à la conſervation de la choſe, ſont des obligations acceſſoires.

Obſervez que ces termes d'obligation principale & d'obligation acceſſoire, ſe prennent auſſi dans un autre ſens, que nous verrons *infrà*, §. 6.

§. V.

Septieme Division.

183. On diſtingue les obligations en obligations primitives & en obligations ſecondaires ; & cette diviſion ſe tire de l'ordre dans lequel elles ſont cenſées contractées.

L'obligation *primitive*, qu'on peut auſſi appeller *obligation principale*, eſt celle qui a été contractée principalement en premier lieu, & pour elle-même.

L'obligation *ſecondaire*, eſt celle qui eſt contractée en cas d'inexécution d'une premiere obligation.

Par exemple, dans le contrat de vente, l'obligation que contracte le vendeur de livrer & garantir la choſe vendue, eſt l'obligation primitive : celle de payer à l'acheteur les dommages & intérêts, faute de pouvoir lui livrer ou garantir la choſe, eſt une obligation ſecondaire.

184. Il y a deux eſpeces d'obligations ſecondaires.

La premiere, eſt celle des obligations ſecondaires, qui ne ſont qu'une ſuite naturelle de l'obligation primitive, qui, ſans qu'il ſoit intervenu aucune convention particuliere, naiſſent naturellement de la ſeule inexécution de l'obligation primitive, ou du retard apporté à ſon exécution.

On peut apporter pour exemple l'obligation des dommages & intérêts, en laquelle ſe convertit naturellement & de plein droit l'obligation primitive qu'un vendeur a contractée, de livrer ou de garantir une choſe, en cas d'inexécution de cette obligation ; comme auſſi l'obligation des intérêts, qui naît du retard apporté à l'obligation de payer une certaine ſomme d'argent.

Les obligations ſecondaires de la ſeconde eſpece, ſont celles qui naiſſent d'une

d'une clauſe appoſée au contrat, par laquelle la partie qui s'engage à quelque choſe, promet de donner une certaine ſomme, ou quelqu'autre choſe, au cas qu'elle ne ſatisfaſſe pas à ſon engagement.

On appelle ces clauſes, *clauſes pénales*, & les obligations qui en naiſſent, *obligations pénales*, leſquelles ſont acceſſoires à l'obligation primitive & principale, & ſont contractées pour en aſſurer l'exécution. Nous en traiterons *ex profeſſo* au Chapitre 5.

185. Les obligations ſecondaires peuvent encore ſe ſubdiviſer en deux eſpeces.

Il y a une eſpece d'obligations ſecondaires, dans leſquelles ſe convertiſſent entiérement les obligations primitives, lorſqu'elles ne ſont point exécutées: telle eſt l'obligation de dommages & intérêts, dont il a été parlé ci-devant. Lorſqu'un vendeur ne ſatisfait pas à ſon obligation primitive de livrer ou de garantir la choſe vendue, cette obligation primitive ſe convertit entiérement dans l'obligation ſecondaire de payer les dommages & intérêts de l'acheteur; cette obligation ſecondaire eſt ſubrogée à la primitive qui ne ſubſiſte plus.

Il y a une autre eſpece d'obligations ſecondaires, qui ne ſont qu'accéder à l'obligation primitive ſans la détruire, lorſque le débiteur apporte du retard à ſon exécution: telle eſt l'obligation des intérêts qui naît de la demeure de payer la ſomme principale.

§. VI.

Huitieme Diviſion.

186. Les obligations conſidérées par rapport aux perſonnes qui les contractent, ſe diviſent en obligations principales, & en obligations acceſſoires.

L'obligation *principale* en ce ſens, eſt celle de celui qui s'oblige comme principal obligé, & non pour aucun autre.

Les obligations *acceſſoires*, ſont celles des perſonnes qui s'obligent pour une autre; telles que ſont celles des cautions & de tous ceux qui accedent à l'obligation d'un autre. Nous en traiterons au Chapitre 6.

§. VII.

IX, X, XI & XII. Diviſions.

187. Les obligations conſidérées par rapport aux ſûretés & aux voies qu'a le créancier de s'en procurer le paiement, ſe diviſent en obligations privilégiées & non-privilégiées, en obligations hypothécaires & obligations chirographaires; en obligations exécutoires & non-exécutoires; enfin en obligations par corps, & en obligations civiles & ordinaires.

Les obligations privilégiées, ſont celles pour leſquelles le créancier a un privilege ſur tous les biens, ou ſur certains biens du débiteur, pour être payé par préférence aux autres créanciers. *Voyez ce que nous avons dit de ces privileges, en notre Introduction au titre 20 de la Coutume d'Orléans, chap. 2, §. 9; & en l'Introduction au titre 21, §. 16.*

Les obligations non privilégiées, ſont celles pour leſquelles il n'y a pas de privilege.

188. Les obligations hypothécaires, ſont celles qui ſont contractées ſous l'hypotheque des biens du débiteur, qui en ſont ſuſceptibles.

Les obligations chirographaires, ſont celles qui ne ſont accompagnées d'aucune hypotheque.

Voyez ſur le droit d'hypotheque l'*Introduction au titre* 20 *de la Coutume d'Orleans, chap.* 1.

189. Les obligations exécutoires, ſont celles pour le paiement deſquelles le créancier a un titre exécutoire contre le débiteur. *Voyez* ſuprà, *n.* 155.

190. Enfin les obligations par corps, ſont celles au paiement deſquelles le débiteur peut être contraint par l'empriſonnement de ſa perſonne, juſqu'à ce qu'il ait payé. Les autres obligations qui ne ſont pas ſujettes à cette contrainte par oppoſition à celles-ci, ſont appellées *obligations civiles & ordinaires.*

Sur les obligations qui ſont ſujettes ou non à la contrainte par corps, *Voyez* l'Ordonnance de 1667, *tit.* 34, & le Commentaire de M. Jouſſe.

CHAPITRE II.

De la premiere Diviſion des Obligations, en Obligations civiles & en Obligations naturelles.

191. NOUS avons ſuffiſamment vu juſqu'à préſent quelle eſt la nature des obligations civiles; il nous reſte à traiter en ce Chapitre des obligations naturelles.

Les principes de notre Droit ſont, à cet égard, différens de ceux du Droit Romain.

On appelloit dans le Droit Romain *Obligation naturelle*, celle qui étoit deſtituée d'action, c'eſt-à-dire, qui ne donnoit pas à celui envers qui elle étoit contractée, le droit d'en demander en Juſtice le paiement.

Telles étoient toutes celles qui naiſſoient des ſimples conventions, qui n'étoient revêtues ni de la qualité de contrat, ni de la forme de la ſtipulation.

Ces obligations étoient très-favorables; (*Quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt ſervare*; L. 1, ff. *de pact.* Si elles étoient deſtituées d'action, ce n'étoit que par une raiſon tirée de la politique des Patriciens, qui, pour leur intérêt particulier, avoient jugé à propos de faire dépendre le droit d'action des formules dont ils avoient ſeuls la connoiſſance dans les premiers temps, afin d'obliger les Plébeïens à avoir recours à eux dans leurs affaires, & de les tenir par là dans leur dépendance. C'eſt pourquoi, à cela près qu'elles étoient deſtituées d'action, elles avoient tous les autres effets que peut avoir une obligation civile. Non-ſeulement le paiement de ce qui étoit dû par une obligation purement naturelle étoit un paiement valable, & non ſujet à répétition; mais ſuivant les principes du Droit Romain, je pou-

vois, contre l'action de mon créancier, oppoſer la compenſation de ce qu'il me devoit de ſa part par une obligation purement naturelle; L. 6, ff. *de comp.* Suivant les mêmes principes, des fidéjuſſeurs pouvoient contracter une obligation civile qui accédât à une obligation purement naturelle; L. 16, §. 3, ff. *de fidej.* & une obligation purement naturelle pouvoit ſervir de matiere à une novation en une autre obligation civile; L. 1, §. 1, ff. *de novat.*

192. Selon les principes de notre Droit François, qui n'a pas admis la diſtinction du Droit Romain entre les ſimples pacts & les contrats, ces obligations naturelles du Droit Romain, ſont dans notre Droit de véritables obligations civiles.

Celles qu'on peut appeller dans notre Droit *obligations purement naturelles*, ſont, 1°. celles pour leſquelles la loi dénie l'action par rapport à la défaveur de la cauſe d'où elles procedent. Telle eſt la dette due à un cabaretier pour dépenſes faites par un domicilié du lieu dans ſon cabaret. *Coutume de Paris, art.* 128.

2°. Celles qui naiſſent des contrats des perſonnes qui ayant un jugement & un diſcernement ſuffiſant pour contracter, ſont néanmoins par la loi civile, inhabiles à contracter. Telle eſt l'obligation d'une femme ſous puiſſance de mari, qui a contracté ſans être autoriſée.

193. Ces obligations qui naiſſent d'une cauſe improuvée par les loix, ou qui ont été contractées par des perſonnes à qui la loi ne permet pas de contracter, n'auroit pas eu par le Droit Romain même le nom d'obligation naturelle. C'eſt pourquoi je ne penſe pas qu'elles doivent avoir parmi nous les effets que le Droit Romain donnoit aux obligations purement naturelles.

Par exemple, un cabaretier ne doit pas être admis à oppoſer contre l'action de ſon créancier, ce que ce créancier lui doit pour dépenſes faites en ſon cabaret: le débiteur d'une femme ne peut, contre l'action de cette femme, oppoſer la compenſation de ce que cette femme lui doit par un contrat qu'elle a fait avec lui, étant ſous puiſſance de mari, & ſans être autoriſée, ſi ce n'eſt que le contrat eût tourné au profit de cette femme.

194. Pareillement des fidéjuſſeurs ne s'obligent pas valablement envers un cabaretier pour une dette de cabaret: car la défaveur de la cauſe de la dette qui fait dénier l'action au cabaretier, milite également à l'égard des fidéjuſſeurs, comme à l'égard du principal obligé.

Lorſque c'eſt la ſeule qualité de la perſonne qui a porté la loi à annuller l'obligation, comme lorſqu'une femme ſous puiſſance de mari s'eſt obligée ſans être autoriſée, il y auroit plus de raiſon de douter ſi l'action devroit être déniée contre les fidéjuſſeurs; car c'eſt par une raiſon qui lui eſt perſonnelle que la loi dénie l'action contre elle. Néanmoins il faut décider que l'obligation des fidéjuſſeurs n'eſt pas plus valable que celle de la femme: car la loi rendant nulle celle de la femme, elle ne ſubſiſte aucunement, ſi ce n'eſt dans le for de la conſcience: la loi civile la méconnoit & la déclare nulle, & par conſéquent elle ne peut pas être un ſujet ſuffiſant auquel puiſſent accéder d'autres obligations. Si, ſuivant les principes du Droit Romain, des fidéjuſſeurs peuvent accéder à une obligation naturelle, c'eſt que les obligations naturelles n'étoient pas des obligations que la loi improuvât & qu'elle déclarât nulles: elles étoient ſeule-

ment deſtituées d'action. Mais les Loix Romaines décident que des fidéjuſſeurs ne peuvent accéder à des obligations que la loi reprouve & annulle. C'eſt ſur ce principe qu'elles décident que des fidéjuſſeurs ne peuvent s'obliger valablement pour une femme qui ſe ſeroit obligée contre la prohibition du Sénatuſconſulte Velleïen ; *quia totam obligationem ſenatus improbat ;* L. 16, §. 1, ff. *ad ſc. Vell.* L. 14, *Cod. dict. tit.* Par la même raiſon, on doit décider que des fidéjuſſeurs ne peuvent accéder à l'obligation qu'une femme mariée a contractée ſans être autoriſée, ni à toutes les autres obligations qui ne ſont appellées obligations purement naturelles, que parce qu'elles ſont improuvées par la loi civile. C'eſt auſſi l'avis de Lebrun, *Traité de la Communauté*, Liv. 2, ch. 1, ſ. 5, n. 17.

195. Le ſeul effet de nos obligations purement naturelles, eſt que lorſque le débiteur a payé volontairement, le paiement eſt valable, & n'eſt pas ſujet à répétition; parce qu'il a eu un juſte ſujet de payer, ſçavoir, celui de décharger ſa conſcience. Ainſi, on ne peut pas dire qu'il a été fait *ſine causâ* : d'où il ſuit qu'il ne peut y avoir lieu aux actions qu'on appelle *condictio ſine causâ*, & *condictio indebiti.*

Obſervez néanmoins que pour que le paiement fait par une femme, d'une dette qu'elle a contractée ſans l'autorité de ſon mari, ſoit valable, il faut ou qu'elle l'ait fait en viduité, ou qu'elle l'ait fait avec l'autorité de ſon mari, ſi elle étoit encore ſous ſa puiſſance. Car en ce cas elle n'eſt pas plus capable de payer ſans l'autorité de ſon mari, que de contracter.

196. Nous avons parlé juſqu'à préſent des obligations que la défaveur de leur cauſe, ou l'inhabilité civile de la perſonne qui les a contractées, rend obligations purement naturelles. Une obligation civile, lorſque le débiteur a acquis contre l'action qui en réſulte, quelque fin de non-recevoir, *putà*, par l'autorité de la choſe jugée, ou du ſerment déciſoire, ou par le laps du temps requis par la preſcription, peut auſſi être regardée comme obligation purement naturelle, tant que la fin de non-recevoir ſubſiſte, & qu'elle n'eſt pas couverte : *Voyez ſur ces fins de non-recevoir, infrà, p.* 3, *ch.* 8.

197. On ne doit pas confondre les obligations naturelles dont nous avons parlé dans ce Chapitre, avec les obligations imparfaites dont il a été parlé au commencement de ce Traité. Celles-ci ne donnent aucun droit à perſonne contre nous, même dans le for de la conſcience. Par exemple, ſi j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un ſervice que la reconnoiſſance m'obligeoit à lui rendre, ce qu'il ſouffre de ce que j'ai manqué à ce devoir, ne le rend pas pour cela mon créancier, même dans le for de la conſcience. C'eſt pourquoi s'il me devoit une certaine ſomme, pour laquelle je n'aurois plus d'action contre lui, parce que ma créance ſeroit preſcrite, il ne laiſſeroit pas d'être obligé dans le for de la conſcience de me payer, ſans qu'il pût rien compenſer de ce qu'il a ſouffert de mon ingratitude. Au contraire, les obligations naturelles dont nous avons traité dans ce Chapitre, donnent à la perſonne envers qui nous les avons contractées, un droit contre nous, non pas, à la vérité, dans le for extérieur, mais dans le for de la conſcience. C'eſt pourquoi ſi j'ai fait une dépenſe de cent livres dans un cabaret du lieu de mon domicile, ce Cabaretier eſt vraiment mon créancier de cette ſomme, non dans le for extérieur, mais dans le for de la conſcience; & ſi j'avois de mon côté une créance de pareille

ſomme contre lui qui fût preſcrite, il pourroit, dans le for de la conſcience, ſe diſpenſer de me la payer, en la compenſant avec celle qu'il a contre moi.

CHAPITRE III.

Des différentes Modalités ſous leſquelles les obligations peuvent être contractées.

ARTICLE PREMIER.

Des conditions ſuſpenſives, & des obligations conditionnelles.

198. UNE obligation conditionnelle eſt celle qui eſt ſuſpendue par la condition ſous laquelle elle a été contractée, qui n'eſt pas encore accomplie.

Pour faire connoître ce que c'eſt qu'une obligation conditionnelle, nous verrons, 1°. Ce que c'eſt qu'une condition ſuſpenſive, & quelles ſont les différentes eſpeces de conditions. 2°. Ce qui peut faire une condition ſuſpenſive. 3°. Quand une condition eſt cenſée accomplie, ou réputée pour accomplie. 4°. Nous traiterons de l'indiviſibilité de l'accompliſſement des conditions. 5°. De l'effet des conditions. 6°. Nous verrons ſi, lorſque l'obligation a été contractée ſous pluſieurs conditions, il faut que toutes ſoient accomplies, pour que l'obligation ait ſon effet.

§. I.

Qu'eſt-ce qu'une condition, & ſes différentes eſpeces.

199. Une condition eſt le cas d'un événement futur & incertain, qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation.

200. On diſtingue les conditions ſous leſquelles une obligation peut être ſuſpendue, en poſitives, & en négatives.

La condition poſitive eſt celle qui conſiſte dans le cas auquel quelque choſe qui peut arriver, ou ne pas arriver, arrivera; comme celle-ci, *ſi je me marie.*

La condition négative eſt celle qui conſiſte dans le cas auquel quelque choſe qui peut arriver, ou ne pas arriver, n'arrivera pas; comme celle-ci, *ſi je ne me marie pas.*

201. On diſtingue encore les conditions en poteſtatives, caſuelles & mixtes.

La condition poteſtative eſt celle qui eſt au pouvoir de celui envers qui l'obligation eſt contractée; comme ſi je m'oblige envers mon voiſin de lui donner une ſomme, s'il abat dans ſon champ un arbre qui me bouche la vue.

La condition caſuelle eſt celle qui dépend du haſard, & n'eſt nullement au pouvoir du créancier; telles que ſont celles-ci, *ſi j'ai des enfans; ſi je n'ai point d'enfans; ſi un tel navire arrive à bon port des Indes*, &c.

La condition mixte eſt celle qui dépend du concours de la volonté du créancier, & de celle d'un tiers, comme celle-ci, *ſi vous épouſez ma couſine.*

§. II.

Ce qui peut faire une condition qui ſuſpende une obligation.

202. Pour qu'une condition ait l'effet de ſuſpendre une obligation, il faut, 1°. que ce ſoit la condition d'une choſe future: une obligation contractée ſous la condition d'une choſe paſſée ou préſente, quoiqu'ignorée des contractans, n'eſt pas proprement une obligation conditionnelle. Par exemple, ſi après que la loterie de Piété a été tirée, & avant que la liſte ſoit arrivée, j'ai promis à quelqu'un de lui donner une certaine ſomme, ſi le gros lot m'étoit échu; ou ſi j'ai promis à quelqu'un une certaine ſomme, au cas que le Pape ſoit actuellement vivant; ces obligations ne ſont pas conditionnelles; mais ou elles ont d'abord toute leur perfection, s'il ſe trouve que j'ai effectivement le gros lot, ou que le Pape eſt vivant: ou au contraire, il n'y aura jamais eu d'obligation contractée, s'il ſe trouve que le gros lot ne m'eſt point échu, ou que le Pape eſt mort.

C'eſt ce que décide la Loi 100, ff. *de verb. obl. Conditio in præteritum non tantùm in præſens tempus relata, ſtatim aut perimit obligationem, aut omninò non differt; adde LL.* 37, 38, 39, ff. *de R. cred.*

Néanmoins, quoique la choſe ſoit effectivement due, le créancier ne peut pas l'exiger juſqu'à ce qu'il ſe ſoit rendu certain du fait, & qu'il l'ait notifié au débiteur.

203. Il faut, 2°. que la condition ſoit d'une choſe qui peut arriver ou ne pas arriver. La condition d'une choſe qui arrivera certainement, n'eſt pas proprement une condition, & ne ſuſpend pas l'obligation; mais elle en differe ſeulement l'exigibilité, & n'équipolle qu'à un terme de paiement.

Il faut néanmoins à cet égard diſtinguer entre les obligations qui ſont contractées par des actes entre-vifs, par leſquels nous contractons, tant pour nous que pour nos héritiers, & entre celles qui naiſſent des diſpoſitions faites au profit d'une certaine perſonne, & non de ſes héritiers, tels que ſont les legs & les ſubſtitutions portées par des teſtamens, ou par des donations entre-vifs.

A l'égard de ces diſpoſitions, quoique le fait qui y eſt mis pour condition, doive certainement arriver, s'il eſt incertain quand il arrivera, & ſi ce ſera du vivant du légataire ou ſubſtitué, il peut faire une véritable condition. La raiſon eſt qu'une telle diſpoſition n'étant faite qu'à la perſonne même du légataire ou ſubſtitué, le droit qui en réſulte ne pouvant être acquis que par la perſonne même du légataire ou du ſubſtitué, la condition qui eſt appoſée ne pouvant conſéquemment s'accomplir utilement que du vivant du légataire ou ſubſtitué, il ſuffit qu'il ſoit incertain ſi la condition arrivera de ſon vivant, quoiqu'il ſoit certain qu'elle arrivera un jour, pour que la diſpoſition ſoit conditionnelle; puiſqu'il eſt incertain s'il ſera dû. C'eſt ſur ces principes que la Loi 1, §. 2, ff. *de cond. & dem.* décide que ſi j'ai grevé mon héritier d'un legs, *lorſqu'il mourroit*, le legs eſt conditionnel. Au contraire, dans les actes entre-vifs par leſquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, le cas d'une choſe

qui doit certainement arriver, quoiqu'il ſoit incertain quand elle arrivera, ne peut jamais faire une condition qui ſuſpende l'obligation; parce que les conditions des obligations contractées par ces actes, pouvant s'accomplir utilement en quelque temps que ce ſoit, auſſi-bien après la mort de la perſonne envers qui elle eſt contractée, comme de ſon vivant, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 208, la dette contractée ſous la condition d'une choſe qui doit certainement arriver, ne peut être incertaine, ni par conſéquent conditionnelle.

204. Il faut, 3°. pour qu'une condition ſoit valable, & qu'elle ſuſpende l'obligation, que ce ſoit la condition d'une choſe poſſible, licite, & qui ne ſoit pas contraire aux bonnes mœurs.

La condition d'une choſe impoſſible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs, ſous laquelle quelqu'un promettroit quelque choſe, rend l'acte abſolument nul, lorſqu'elle eſt *in faciendo*, & il n'en naît aucune obligation; *L.* 1, §. 11, ff. *de ob. & act.*; *L.* 31, *d. tit.*; *L.* 7, ff. *de verb. oblig.* comme ſi je vous avois promis une ſomme ſous cette condition, *ſi vous faites un triangle ſans angles*, ou ſous celle d'aller tout nud dans les rues.

Il en eſt autrement dans les teſtamens. Les legs qui ſeroient faits ſous de pareilles conditions, n'en ſont pas moins valables, & la condition eſt regardée comme non écrite, ce que la faveur des dernieres volontés a fait établir; *l.* 3, ff. *de cond. & dem.*; *l.* 104, §. 1, ff. *de legat.* 1°.

Lorſque la condition impoſſible eſt *in non faciendo*, comme ſi je vous avois promis une ſomme, *ſi vous n'arrêtiez pas le cours du ſoleil*, elle ne rend pas nulle l'obligation ſous laquelle elle eſt contractée. Cette condition n'a aucun effet, & l'obligation eſt pure & ſimple, *l.* 7, ff. *de verb. oblig.*: mais la condition de ne pas faire une certaine choſe qui eſt contraire aux mœurs ou aux Loix, peut rendre l'acte nul; parce qu'il eſt contraire à la juſtice & à la bonne foi de ſtipuler une ſomme, pour s'abſtenir d'une choſe dont nous ſommes d'ailleurs obligés de nous abſtenir.

205. Pour qu'une condition ſoit valable, & ſuſpende l'obligation ſous laquelle elle eſt contractée, il faut, 4°. qu'elle ne détruiſe pas la nature de l'obligation; telle eſt la condition qui feroit dépendre l'obligation de la pure & ſeule volonté de la perſonne qui s'engage; comme ſi je promettois de donner quelque choſe à quelqu'un, ſi cela me plaiſoit, *Si voluero*. Car l'obligation étant *juris vinculum quo neceſſitate adſtringimur*, & renfermant eſſentiellement une néceſſité de donner ou de faire quelque choſe, rien n'eſt plus contraire à ſa nature que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on ſuppoſeroit la contracter; & par conſéquent une telle condition ne ſuſpend pas, mais détruit l'obligation qui peche en ce cas par le défaut de lien dont nous avons déja parlé *ſuprà*, n. 47 & 48: *Nulla promiſſio poteſt conſiſtere quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit*; L. 108, §. 1, ff. *de verb. oblig.*

Il eſt contraire à l'eſſence de l'obligation qu'elle dépende de la pure & ſeule volonté de celui qu'on ſuppoſeroit l'avoir contractée: mais elle peut dépendre de la pure & ſeule volonté d'un tiers. C'eſt pourquoi je puis valablement contracter l'obligation de donner ou de faire quelque choſe, ſi une certaine perſonne tierce y conſent; *l.* 43, & *l.* 44, *de verb. oblig.*

§. III.

Quand les conditions ſont-elles cenſées accomplies.

206. Les conditions poſitives s'accompliſſent, lorſque la choſe qui fait la matiere de la condition arrive.

Lorſqu'une condition conſiſte à donner ou à faire quelque choſe, il faut pour l'accompliſſement de la condition, que celui à qui elle a été impoſée, ait donné ou fait la choſe, de la maniere dont il eſt vraiſemblable que les parties l'ont entendu. C'eſt pourquoi, ſi j'ai contracté quelqu'engagement envers vous, au cas & ſi vous donniez une certaine ſomme à un tel, & que ce ſoit un mineur, vous n'avez pas accompli la condition, ſi au lieu de donner cette ſomme au tuteur de ce mineur, vous l'avez donnée à ce mineur qui l'a diſſipée, *l.* 68, ff. *de ſolut.* Car il eſt évident que mon intention, en vous impoſant cette condition a été, que vous donneriez cette ſomme au mineur, de maniere qu'il en pût profiter, en la mettant ès mains de ſon tuteur; & que vous ne l'abandonneriez pas à la diſcrétion de ce mineur.

Notre principe que les conditions doivent s'accomplir de la maniere dont les parties ont vraiſemblablement voulu & entendu qu'elles le fuſſent, ſert à décider la queſtion que font les Docteurs, ſi les conditions doivent s'accomplir littéralement *in formâ ſpecificâ*? Il faut dire qu'ordinairement elles doivent s'accomplir *in formâ ſpecificâ*; qu'elles peuvent néanmoins s'accomplir *per æquipollens*, lorſque *pro ſubjectâ materiâ*, il paroît que telle a été vraiſemblablement l'intention des parties; & cette intention ſe préſume, lorſque celui en faveur de qui eſt la condition n'a pas d'intérêt qu'elle ſoit accomplie d'une maniere plutôt que d'une autre.

Par exemple, ſi j'ai contracté quelqu'obligation envers vous ſous cette condition, ſi dans un tel temps vous me donnez cent louis d'or, vous êtes cenſé accomplir cette condition, en m'offrant en argent blanc la ſomme de deux mille quatre cens livres, à laquelle montent les cent louis d'or, m'étant indifférent de recevoir cette ſomme en argent ou en or; avec d'autant plus de raiſon, qu'on ne conſidere dans la monnoie que la valeur que le Prince lui a donnée, & non les corps qui n'en ſont que le ſigne; *Arg. l.* 1, *in fin.* ff. *de contr. empt.*

207. Les conditions devant s'accomplir de la maniere dont les parties contractantes l'ont entendu, on demande ſi, lorſque la condition conſiſte dans quelque fait, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, ſoit d'une perſonne tierce, la condition ne peut être accomplie que par la perſonne elle-même, ou ſi elle peut l'être par les héritiers de la perſonne, & par quelqu'autre que ce ſoit, qui faſſe pour elle & en ſon nom ce qui eſt porté par la condition. La déciſion de la queſtion dépend de la nature du fait, & de l'examen de l'intention qu'ont eue les parties contractantes. Si le fait mis en condition, eſt un fait perſonnel, ſi c'eſt le fait d'une *telle perſonne*, plutôt que le fait ſeul & en lui-même, que les parties ont eu en vue, en ce cas la condition ne peut être accomplie, que par la perſonne elle-même. Par exemple, ſi je me ſuis engagé envers

envers mon domeſtique, de lui donner une certaine récompenſe s'il reſtoit dix ans à mon ſervice, il eſt évident que le ſervice de ce domeſtique, qui fait l'objet de la condition, eſt un fait perſonnel, & qu'une telle condition ne peut être accomplie que par lui-même. Il en eſt de même de l'obligation que j'ai contractée envers l'éleve d'un célebre Peintre, de lui donner une certaine ſomme, ſi ſon maître me faiſoit un certain tableau : c'eſt encore un fait perſonnel qui fait l'objet de cette condition ; & elle ne peut être accomplie que par le Peintre lui-même.

Mais ſi le fait, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, ſoit d'un tiers, qui a été mis pour condition, n'eſt pas un fait perſonnel ; ſi c'eſt un fait que les parties contractantes ont conſidéré ſeul & en lui-même, & non comme le fait d'une telle perſonne, en ce cas la condition peut s'accomplir non-ſeulement par la perſonne elle-même, mais encore par ſes héritiers, ou autres ſucceſſeurs. Par exemple, ſi je me ſuis obligé à vous payer une certaine ſomme, *ſi dans l'année vous faiſiez abattre ſur votre héritage, un bois qui faiſoit geler mes vignes*, cette condition peut s'accomplir par vos héritiers ; car ce fait n'eſt pas un fait qui vous fût perſonnel. Il eſt évident qu'en oppoſant cette condition à mon obligation, j'ai conſidéré le fait ſeul & en lui-même, n'ayant eu d'autre intention, ſinon que le bois fût abattu, m'étant indifférent par qui. Pareillement, ſi je vous ai acheté un héritage ſous la condition qu'un tel ſe déſiſteroit d'un droit de ſervitude qu'il prétendoit, la condition s'accomplira ſi le ſucceſſeur de ce voiſin donne ce déſiſtement.

208. Les conditions des actes entre-vifs, par leſquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, peuvent s'accomplir utilement après la mort de celui envers qui l'obligation eſt contractée, auſſi-bien que de ſon vivant ; *Inſtit. tit. de verb. oblig.* §. 5. En cela ces actes different des legs & autres ſemblables diſpoſitions, leſquelles demeurent caduques ſi celui au profit de qui elles ſont faites, meurt avant que la condition ſous laquelle elles ſont faites, ait été accomplie ; *l.* 59, ff. *de cond. & dem.*

La raiſon de différence eſt que celui qui fait un legs à quelqu'un, ne legue qu'à la perſonne du légataire : d'où il ſuit que l'accompliſſement de la condition qui n'arrive qu'après la mort, ne peut donner ouverture au legs ; car il ne peut y avoir ouverture à ce legs au profit du légataire qui n'eſt plus, ni au profit des héritiers du légataire, qui ne ſont pas ceux à qui le teſtateur a voulu léguer. Au contraire, dans les actes entre-vifs, celui qui ſtipule quelque choſe, eſt cenſé le ſtipuler tant pour lui que pour ſes héritiers ; *qui paciſcitur, ſibi heredique ſuo paciſcitur.* L'obligation qui réſulte de l'acte eſt contractée envers lui & envers ſes héritiers ; d'où il ſuit que la condition ſous laquelle l'obligation a été contractée, quoiqu'elle ne s'accompliſſe qu'après ſa mort, doit donner ouverture à l'obligation.

Cynus, Barthole, & la plupart des anciens Docteurs ont ſoutenu que notre principe ſur l'accompliſſement des conditions des actes entre-vifs ſouffroit exception à l'égard des conditions poteſtatives, c'eſt-à-dire, de celles qui conſiſtent dans quelque fait qui eſt au pouvoir de celui envers qui l'obligation eſt contractée. Ces Auteurs ont prétendu qu'elles ne pouvoient s'accomplir après ſa mort. Si cette déciſion étoit reſtreinte aux conditions poteſtatives,

qui conſiſtent dans quelque fait du créancier, qui ſoit perſonnel, elle ne pourroit ſouffrir aucune difficulté. Il eſt évident par ce qui vient d'être dit ci-deſſus, qu'elles ne peuvent s'accomplir après ſa mort : mais il eſt faux que toutes les conditions poteſtatives indiſtinctement ne puiſſent s'accomplir après la mort du créancier ; & il n'y a aucune raiſon ſolide ſur laquelle l'opinion de ces Docteurs puiſſe être établie. Ils ne la fondent que ſur quelques textes de Droit, qui ne ſont rien moins que déciſifs, & qu'il ſeroit trop long de rapporter & de réfuter : il ſuffira de répondre à la Loi 48, ff. *de verb. oblig.* qui eſt le principal fondement de cette opinion. Il y eſt dit que dans une ſtipulation, ces termes *cùm petiero*, *dabis*, ſont différens de ceux-ci, *ſi petiero*, & qu'ils ne renferment pas une condition, *admonitionem magis quàm conditionem habet hæc ſtipulatio ; & ideò*, ajoute Ulpien, *ſi deceſſero priùs quàm petiero*, *non videtur defeciſſe conditio.* De ces derniers mots, nos Docteurs argumentent ainſi : Ulpien dit que lorſque les parties ont employé ces termes *cùm petiero*, la mort du créancier arrivée avant qu'il ait donné la demande, n'empêche pas l'effet de la convention, parce que ces termes *cùm petiero* ne renferment pas une condition ; donc, concluent-ils, ſi les parties s'étoient ſervies de termes qui renfermaſſent une condition, tels que ceux-ci, *ſi petiero*, il en auroit été autrement, & la mort du créancier arrivée avant qu'il eût donné la demande, auroit fait défaillir la condition, & fait tomber la convention : donc la condition *ſi petiero* ne peut s'accomplir utilement que du vivant du créancier : donc les conditions poteſtatives ne peuvent s'accomplir utilement que du vivant du créancier. Je réponds que cette derniere conſéquence eſt mal tirée : ces Docteurs, contre les regles de la Logique, concluent du particulier au général. Je conviens que la *condition* SI PETIERO, *ne peut s'accomplir après la mort du créancier ;* parce qu'il paroît que dans cette condition, c'eſt le fait perſonnel du créancier, c'eſt la demande que la perſonne même du créancier fera, que les parties ont entendu mettre pour condition ; autrement cette condition n'auroit pas de ſens : mais de ce que la condition *ſi petiero* ne peut s'accomplir après la mort du créancier, il ne s'enſuit pas que les autres conditions poteſtatives, qui renferment un fait qui n'eſt pas perſonnel, ne puiſſent s'accomplir utilement après la mort du créancier. Cette queſtion a été traitée avec grande étendue par Covarruvias, *quæſt. pract.* 39.

209. Lorſque la condition renferme un temps préfix, dans lequel elle doit être accomplie, comme ſi je me ſuis obligé de vous donner une certaine ſomme *ſi un tel navire étoit cette année de retour dans les ports de France*, il faut que la choſe arrive dans le temps préfix ; & lorſque le temps eſt expiré ſans que la choſe ſoit arrivée, la condition eſt cenſée défaillie, & l'obligation contractée ſous cette condition, eſt entiérement évanouie.

Mais ſi la condition ne renferme aucun temps préfix dans lequel elle doit être accomplie, elle peut l'être en quelque temps que ce ſoit ; & elle n'eſt pas cenſée défaillie juſqu'à ce qu'il ſoit devenu certain que la choſe n'arrivera point.

On s'écarte de cette regle, lorſque la condition conſiſte dans quelque choſe que doit faire celui envers qui je me ſuis obligé ſous cette condition, & que j'ai intérêt qui ſoit faite : comme ſi j'ai promis à mon voiſin de lui donner une

ſomme *s'il abattoit un arbre qui me nuit.* Car en ce cas je puis aſſigner celui envers qui je me ſuis obligé, pour qu'il lui ſoit préfixé un certain temps dans lequel il accomplira la condition, & qu'à faute par lui de le faire, je ſerai déchargé purement & ſimplement de mon obligation.

210. Les conditions négatives ou ont un temps préfix, ou n'en ont point. Lorſqu'elles ont un temps préfix, elles exiſtent lorſque ce temps eſt expiré ſans que la choſe ſoit arrivée. Par exemple, ſi je vous ai promis quelque choſe *ſi un tel navire n'étoit pas de retour cette année dans nos ports*, la condition aura exiſté lorſque l'année ſera expirée ſans que le navire ſoit arrivé. Elles peuvent s'accomplir avant l'expiration de ce temps, lorſqu'il devient certain que la choſe n'arrivera pas.

Si la condition négative n'a point de temps préfix, elle n'eſt cenſée accomplie, que lorſqu'il ſera devenu certain que la choſe n'arrivera pas. Par exemple, ſi je ſuis obligé de vous donner quelque choſe *ſi un tel navire n'arrive pas des Indes à bon port*, la condition de mon obligation n'exiſtera que lorſqu'il ſera devenu certain que le navire ne reviendra pas, *putà* par les nouvelles certaines qu'on aura eues de ſon naufrage.

211. Si néanmoins la condition conſiſte dans quelque choſe qui ſoit au pouvoir du débiteur, & qui intéreſſe celui au profit de qui l'obligation a été contractée; comme ſi quelqu'un s'eſt obligé envers moi de me donner une certaine ſomme s'il ne faiſoit pas abattre un arbre ſur ſon héritage qui nuit au mien, je penſe que celui qui s'eſt obligé ſous cette condition, peut être aſſigné pour voir dire, que faute par lui de faire une telle choſe dans le temps qui lui ſera imparti par le Juge, il ſera condamné à payer ce qu'il s'eſt obligé de donner, au cas qu'il ne le fît pas : & s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative ſera cenſée avoir exiſté; & il pourra en conſéquence être condamné à payer la ſomme qu'il s'eſt obligé de payer ſous cette condition.

Cette déciſion néanmoins n'a pas paru ſans difficulté aux Juriſconſultes Romains: les deux Ecoles étoient partagées de ſentiment ſur la queſtion, *l.* 115, §. 2, ff. *de verb. oblig.* Celui des Sabiniens que j'ai ſuivi, me paroit plus conforme à l'eſprit & à la ſimplicité de notre Droit François.

212. C'eſt une regle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent paſſer pour accomplies, lorſque le débiteur, qui s'eſt obligé ſous cette condition, en a empêché l'accompliſſement; *Quicumque ſub conditione obligatus, curaverit ne conditio exiſteret, nihilominùs obligatur*; *l.* 85, § 7, ff. *de verb. oblig. Pro impletâ habetur conditio cùm per eum fiat, qui, ſi impleta eſſet, debiturus eſſet*; *l.* 81, §. 1, ff. *de cond. & dem.* Ceci eſt une conſéquence de cette regle de Droit, *in omnibus cauſis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit, quominùs fiat*; L. 39, ff. *de reg. juris.*

On ne peut néanmoins dire que c'eſt par le fait du débiteur qu'une condition n'a pas été accomplie; & qu'elle doit en conſéquence être réputée pour accomplie lorſque ce n'eſt qu'indirectement, & ſans deſſein d'en empêcher l'accompliſſement, qu'il y a mis obſtacle. C'eſt pour cela que Paul dit à l'égard des conditions appoſées aux legs, *non omne ab heredis perſonâ interveniens impedimentum pro expletâ conditione cedit*; L. 38, ff. *de ſtatu lib.*

Par exemple, ſi un teſtateur à qui j'ai ſuccédé, vous avoit légué une maiſon, *ſi dans l'année de ſon décès vous donniez au créancier de Pierre une certaine ſomme pour laquelle il le retenoit en priſon*, & qu'étant votre créancier de mon chef de ſommes conſidérables, j'aie ſaiſi vos meubles pour en être payé; quoique la ſaiſie que j'ai faite vous ait mis hors d'état de donner la ſomme au créancier de Pierre, & d'accomplir la condition appoſée à votre legs, je ne ſerai pas néanmoins cenſé en avoir proprement par mon fait empêché l'accompliſſement, & elle ne ſera pas réputée pour accomplie; car ce n'eſt qu'indirectement que je l'ai empêché: la ſaiſie que j'ai faite n'a pas été faite dans le deſſein de vous empêcher d'accomplir la condition: je n'ai voulu autre choſe qu'exiger par une voie légitime les ſommes que vous me deviez.

Obſervez auſſi à cet égard une différence entre les conditions dont l'accompliſſement eſt momentané, & celles qui ne s'accompliſſent que par une ſucceſſion de temps. Les premieres ſont réputées pour accomplies auſſi-tôt que le créancier conditionnel s'étant préſenté pour accomplir la condition, en a été empêché par le débiteur: il n'en eſt pas de même des autres. Par exemple, ſi je m'étois obligé à quelque choſe envers un Vigneron, ſous la condition qu'il me feroit dix journées, & que s'étant préſenté pour travailler, je l'euſſe renvoyé, la condition ne ſeroit réputée pour accomplie qu'en partie, & pour une journée ſeulement: elle ne ſeroit réputée pour entiérement accomplie, que lorſqu'il s'y ſeroit préſenté à dix jours différens; L. 20, §. 5, ff. *dicto titulo.*

213. A l'égard de la regle touchant les conditions poteſtatives, qu'elles doivent paſſer pour accomplies, lorſqu'il n'a pas tenu à celui à qui un défunt a laiſſé quelque choſe ſous cette condition; c'eſt une regle qui a lieu pour les dernieres volontés, & qui ne doit pas s'appliquer aux conditions des engagemens contractés par des actes entre-vifs. Par exemple, ſi quelqu'un vous a légué une certaine ſomme, ſi dans l'année de ſon décès vous donniez la liberté à votre negre Jacques, la condition eſt cenſée accomplie, & le legs vous eſt dû, ſi la mort de Jacques eſt arrivée peu après celle du teſtateur, qui vous a empêché d'exécuter & d'accomplir la condition; L. 54, §. 2, ff. *de leg.* 1°. Mais ſi quelqu'un par une convention entre lui & vous, s'eſt obligé ſous une pareille condition à vous donner une certaine ſomme, je ne penſe pas que la ſomme vous fût due, ſi la mort ſurvenue de ce negre vous avoit empêché d'accomplir la condition.

La raiſon de cette différence eſt que les dernieres volontés ſont ſuſceptibles d'une interprétation plus étendue. Au contraire les contrats ne doivent être étendus que *quantùm ſonant;* & l'interprétation dans le doute ſe fait toujours contre celui envers qui l'obligation eſt contractée; *ambiguitas contrà ſtipulatorem eſt*, L. 26, ff. *de R. dub.* parce qu'il doit s'imputer ſi l'acte n'eſt pas aſſez clairement expliqué, n'ayant tenu qu'à lui, puiſqu'il étoit préſent, de s'expliquer mieux; L. 39, ff. *de pact.* L. 99, *de verb. oblig.* C'eſt pourquoi, ſuivant ce principe, lorſque par un acte entre-vifs, quelqu'un s'eſt obligé envers moi ſous cette condition que j'affranchirois mon negre; dans le doute ſi l'obligation a été contractée, même pour le cas auquel il ne tiendroit pas à moi de l'affranchir, l'interprétation doit ſe faire contre moi, & je ne pourrai

exiger ce qui m'a été promis ſous cette condition, quoique la mort du negre, arrivée avant que j'aie pu l'accomplir, m'ait empêché de l'accomplir. Cette déciſion auroit lieu, quand même j'aurois déja fait quelques préparatifs; comme ſi j'avois rappellé le negre d'une campagne éloignée où il étoit, pour l'affranchir devant le Juge de mon domicile, & qu'il fût mort en chemin: je ne pourrois pas exiger ce qui m'a été promis ſous la condition de ſon affranchiſſement; je pourrois ſeulement demander à être indemniſé de la dépenſe que j'aurois faite pour le faire revenir.

214. Il en eſt de même de la regle qui concerne les conditions mixtes. Si quelqu'un m'a promis une certaine ſomme ſi j'épouſois une telle ſa couſine, je ne penſe pas que la ſomme me fût due, ſi j'étois prêt de l'épouſer, & qu'elle le refuſât; quoique ſi l'on m'eût fait un legs ſous une telle condition, la condition paſsât pour accomplie; L. 31, ff. *de cond. & dem.*

§. IV.

De l'indiviſibilité de l'accompliſſement des conditions.

215. L'accompliſſement des conditions eſt indiviſible, même quand ce qui fait l'objet de la condition, eſt quelque choſe de diviſible. Par exemple, ſi quelqu'un m'a légué un certain héritage, ſi je donnois une certaine ſomme à ſon héritier; ou ſi par une tranſaction quelqu'un s'eſt obligé de me laiſſer un héritage litigieux entre lui & moi, ſi je lui donnois dans un certain temps une certaine ſomme; quoique cette condition ait pour objet quelque choſe de diviſible, n'y ayant rien de plus diviſible qu'une ſomme d'argent, néanmoins l'accompliſſement de cette condition eſt indiviſible, en ce ſens que le legs qui m'a été fait ſous cette condition & obligation qui a été contractée envers moi ſous cette condition, ſera en ſuſpens juſqu'à l'accompliſſement total de la condition, ſans que l'accompliſſement partiel puiſſe donner pour partie ouverture au legs, ni faire naître pour partie l'obligation; L. 23, L. 56, ff. *de cond. & dem.*

C'eſt pourquoi, ſi l'on a légué à Pierre un héritage, au cas qu'il donnât à l'héritier dix mille livres, & que Pierre meure après en avoir donné ſeulement cinq, le legs devient caduc pour le total, *d. l.* 56; & l'héritier de Pierre peut ſeulement répéter les cinq mille livres, *condictione ſine causâ*, ſi mieux n'aime néanmoins l'héritier du teſtateur acquitter le legs pour partie. Car c'eſt en faveur de cet héritier du teſtateur, débiteur du legs, que la condition eſt regardée comme indiviſible; Molin. *tract. de div. & ind. p.* 3, *n.* 457.

Il en ſeroit de même, ſi le legs avoit été fait à Pierre, ou à ſon défaut à ſes enfans, & que Pierre étant prédécédé, l'un des enfans ſubſtitué au legs eût payé à l'héritier du teſtateur ſa part de dix mille livres; la condition ne ſeroit pas cenſée aucunement accomplie, & il ne pourroit rien demander juſqu'à ce que le ſurplus eût été payé; *d. l.* 56.

Il en ſeroit autrement ſi le legs avoit d'abord été fait à deux légataires ſous cette condition. Le teſtateur ayant d'abord impoſé la condition à deux légataires, eſt cenſé, en la leur impoſant, l'avoir diviſée & partagée entre eux; *d. l.* 56.

216. Dumoulin décide pour l'indiviſibilité de la condition dans l'eſpece ſuivante.

Quatre héritiers d'un débiteur ont été condamnés à payer une certaine ſomme, avec ſurſéance de deux ans pour le paiement, *s'ils donnent caution dans le mois.* Dumoulin ſoutient que les trois héritiers qui ont donné caution chacun pour leur part dans le mois, ne jouiront pas du terme, ſi leur cohéritier n'a pas pareillement donné caution pour ſa part. Sa raiſon eſt, que le créancier eſt dans cette eſpece la partie la plus favorable, puiſque c'eſt lui qui ſouffre d'un terme non convenu, qui eſt accordé à ſes débiteurs: d'où il ſuit que la condition ſous laquelle le terme a été accordé par le Juge, doit être interprété en ſa faveur, & à la rigueur contre les débiteurs; Molin. *Tr. de div. & ind. p.* 3, 534 *& ſeq.*

Si le quatrieme héritier, au-lieu de donner caution pour ſa part, l'avoit payée, il n'eſt pas douteux que les trois qui ont donné caution, chacun pour leur part, doivent jouir de la ſurſéance accordée par la Sentence: le créancier en ce cas a caution pour tout ce qui eſt dû; Molin. *ibid. n.* 542.

217. La condition appoſée à un legs, ſe diviſe lorſque le legs n'a effet que pour partie. Par exemple, ſi l'on m'a légué une choſe ſous la condition de donner à quelqu'un une certaine ſomme, & que ce legs ſoit réduit au tiers, parce que le ſurplus n'appartenoit pas au teſtateur, qui ſe croyoit néanmoins propriétaire du total; non-ſeulement je ne ſerai tenu que de donner le tiers de cette ſomme pour accomplir la condition; mais ſi j'avois déja donné le total, j'aurois la répétition du ſurplus. *Voyez* L. 43, L. 44, §. 9, ff. *de cond. & dem.*

§. V.

De l'effet des conditions.

218. L'effet de la condition eſt de ſuſpendre l'obligation juſqu'à ce que la condition ſoit accomplie, ou réputée pour accomplie. Juſques-là il n'eſt encore rien dû; mais il y a ſeulement eſpérance qu'il ſera dû: *pendente conditione nondum debetur, ſed ſpes eſt debitum iri.* C'eſt pourquoi le paiement fait par erreur avant l'accompliſſement de la condition, eſt ſujet à répétition, *conditione indebiti*, L. 16, ff. *de cond. ind.*

219. Si la choſe qui faiſoit l'objet de l'obligation conditionnelle, périt entiérement avant l'accompliſſement de la condition, inutilement la condition s'accomplira-t-elle par la ſuite: car l'accompliſſement de la condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui n'exiſte plus, ne pouvant pas y avoir d'obligation, ſans une choſe qui en ſoit le ſujet. Que ſi la choſe exiſte au temps de l'accompliſſement de la condition, l'accompliſſement de la condition a cet effet, que la choſe eſt due en l'état où elle ſe trouve: le créancier profite de l'augmentation ſurvenue en la choſe ſi elle eſt augmentée, & il ſouffre de la détérioration & diminution qui y eſt ſurvenue, pourvu que cela ſoit arrivé ſans la faute du débiteur; L. 8, ff. *de per. & comm. rei vend.*

220. Cet accompliſſement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté; & le droit qui réſulte de l'engagement, eſt

censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté dès le temps du contrat; L. 18, L. 144, §. 1, ff. *de regul. juris.*

Delà vient que si le créancier meurt avant l'existence de la condition; quoiqu'il n'eût point encore un droit de créance formé, mais une simple espérance; néanmoins si la condition existe depuis sa mort, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance résultant de l'engagement contracté envers lui; parce qu'au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, & par conséquent avoir été transmis à son héritier.

Il en est autrement des conditions apposées aux legs. La raison de cette différence est, que le legs n'étant fait qu'à la personne du légataire, la condition ne peut exister qu'à son profit; au-lieu que celui qui contracte, étant censé contracter pour lui & pour ses héritiers, la condition peut exister au profit des héritiers, même après la mort du créancier, *suprà*, *n.* 208; *V. Cuj. ad d. L.* 18.

221. C'est encore une suite de l'effet rétroactif des conditions, que si l'engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne hypotheque, l'hypotheque sera censée acquise du jour du contrat, quoique la condition n'ait existé que long-temps après.

222. Quoique le créancier conditionnel n'ait encore aucun droit avant l'accomplissement de la condition, néanmoins il est reçu à faire tous les actes conservatoires du droit qu'il espere avoir un jour. Par exemple, il peut former opposition au décret des héritages qui seroient hypothéqués à sa créance, si la condition sous laquelle elle a été contractée s'accomplissoit. Il sera même mis en ordre pour cette créance conditionnelle; mais il ne pourra toucher la somme pour laquelle il aura été colloqué, qu'après l'accomplissement de la condition. Le créancier pur & simple sur qui le fonds manqueroit, si la collocation de ce créancier conditionnel étoit confirmée par l'accomplissement de la condition, touchera en attendant à sa place, en lui donnant caution de rapporter à son profit, en cas d'accomplissement de la condition.

§. VI.

Lorsqu'une obligation a été contractée sous plusieurs conditions, est-il nécessaire que toutes s'accomplissent.

223. Cette question se décide par une distinction. Lorsque plusieurs conditions ont été apposées par une particule disjonctive; comme lorsque je me suis engagé à quelque chose envers vous, *si un tel vaisseau arrive à bon port, ou si je suis nommé à un tel emploi*; il suffit que l'une des conditions soit accomplie, pour que l'obligation soit parfaite. Mais lorsque les conditions ont été apposées avec une particule conjonctive, comme lorsqu'il est dit, *si un tel vaisseau arrive, & si je suis nommé à un tel emploi*, il faut que toutes les conditions s'accomplissent; & si une seule manque d'être accomplie, l'obligation s'évanouit. L. 129, ff. *de verb. oblig.*

Observez néanmoins que dans les testamens, & même dans les actes entre-

vifs, les particules disjonctives ſe prennent dans un ſens copulatif, lorſqu'il eſt évident qu'elles ont été priſes en ce ſens par le teſtateur ou par les contractans ; comme lorſqu'un pere ou autre parent, a grevé de ſubſtitution ſon fils ou autre parent en ces termes, *s'il meurt ſans enfans, ou ſans avoir diſpoſé, &c.* Il eſt évident que dans cette ſubſtitution, ſoit qu'elle ſoit portée par un teſtament ou par une donation entre-vifs, la particule disjonctive *ou* a été entendue par le teſtateur ou donateur dans un ſens copulatif, & que la ſubſtitution ne doit être ouverte que par l'accompliſſement des deux conditions. *Facit* L. 6, *Cod. inſt. & ſubſt.*

ARTICLE II.

Des conditions réſolutoires, & des obligations réſolubles ſous une certaine condition, & de celles dont la durée eſt limitée à un certain temps.

224. Les conditions réſolutoires, ſont celles qui ſont appoſées, non pour ſuſpendre l'obligation juſqu'à l'accompliſſement, mais pour la faire ceſſer lorſqu'elles s'accompliſſent. Une obligation contractée ſous une condition réſolutoire, eſt donc parfaite dès l'inſtant du contrat : le créancier en peut pourſuivre le paiement. Mais ſi avant qu'elle ait été acquittée, ou que le débiteur ait été mis en demeure de l'acquitter, la condition ſous laquelle on eſt convenu qu'elle devroit ſe réſoudre s'accomplit, l'obligation ceſſera.

Cette différence entre les conditions réſolutoires, & les ſuſpenſives dont il a été parlé en l'article précédent, s'éclaircira par un exemple. Vous avez prêté à Pierre par mon ordre une ſomme de mille écus, & je me ſuis engagé de vous la rendre, ſi un tel navire, ſur lequel il a un gros intérêt, arrive à bon port des Indes ; cette condition eſt une condition ſuſpenſive, qui ſuſpend mon obligation : je ne ſuis pas encore débiteur, juſqu'à ce qu'elle ait été accomplie par le retour du vaiſſeau. Mais ſi je me ſuis engagé pour Pierre envers vous, *juſqu'au retour du vaiſſeau*, c'eſt-à-dire à la charge que mon obligation ne durera que juſqu'au retour du vaiſſeau, la condition du retour du vaiſſeau n'eſt en ce cas qu'une condition réſolutoire, qui n'empêche pas que mon engagement ne ſoit parfait dès l'inſtant du contrat, & qu'en conſéquence vous ne puiſſiez exiger de moi le paiement de cette ſomme. Tout l'effet de cette condition eſt que ſi le vaiſſeau arrive avant que j'aie acquitté, ou que j'aie été mis en demeure d'acquitter mon obligation, l'accompliſſement de la condition fera ceſſer mon obligation.

225. De même que la durée d'une obligation peut être limitée juſqu'à l'événement d'une certaine condition, elle peut auſſi être limitée juſqu'à un certain temps. Par exemple, ſi je me ſuis rendu caution envers vous pour Pierre pendant trois ans, je ſerai déchargé de mon obligation lorſque ce temps ſera expiré.

226. Obſervez néanmoins que lorſque le débiteur avant l'expiration du temps, ou avant l'accompliſſement de la condition qui devoit réſoudre ſon obligation, a été mis par une interpellation judiciaire en demeure de l'accomplir,

plir, ſon obligation ne peut plus ſe réſoudre de cette maniere ; *L.* 59, §. 5, ff. *mand.* La raiſon en eſt évidente: le créancier ne doit pas ſouffrir de la demeure injuſte en laquelle ſon débiteur a été d'acquitter ſon obligation lorſqu'elle ſubſiſtoit, & ce débiteur ne doit pas profiter de ſa demeure.

Voyez infrà, *part.* 3, *ch.* 7, *art.* 2, ce que nous diſons de la maniere dont s'éteignent les obligations par une condition réſolutoire, ou par l'expiration d'un terme réſolutoire.

ARTICLE III.

Du terme de paiement.

227. Une obligation peut être contractée, ou avec un terme ou ſans terme, lorſqu'elle eſt contractée ſans terme, le créancier en peut auſſi-tôt exiger le paiement : lorſqu'elle renferme un terme, il ne peut l'exiger qu'après l'expiration du terme.

§. I.

Ce que c'eſt que terme de paiement, & ſes différentes eſpeces.

228. Le terme eſt une eſpace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de ſon obligation.

Il y a des termes exprimés qui réſultent d'une convention expreſſe, comme lorſque je me ſuis obligé de vous payer une certaine ſomme dans un certain temps : il y en a qui réſultent tacitement de la nature des choſes qui ſont l'objet de l'engagement, ou du lieu auquel on eſt convenu que la choſe ſera payée. Par exemple, ſi un Entrepreneur s'eſt engagé à me bâtir une maiſon, je dois attendre la ſaiſon convenable pour exiger de lui qu'il rempliſſe ſon engagement : ſi quelqu'un s'eſt obligé à Orléans de faire tenir une choſe à Rome à mon correſpondant, l'engagement renferme tacitement le terme du temps qui eſt néceſſaire pour envoyer cette choſe à Rome.

229. Le terme eſt de droit, ou de grace : il eſt de droit, lorſqu'il fait partie de la convention qui a formé l'engagement, y étant renfermé ou expreſſément ou du moins tacitement : il eſt de grace, lorſqu'il n'en fait pas partie, *putà*, lorſqu'il a été accordé depuis par le Prince, ou par le Juge à la réquiſition du débiteur.

§. II.

De l'effet du terme, & en quoi il differe de la condition.

230. Le terme differe de la condition, en ce que la condition ſuſpend l'engagement que doit former la convention ; le terme au contraire ne ſuſpend pas l'engagement, mais differe ſeulement l'exécution. Celui qui a promis ſous condition n'eſt pas débiteur, juſqu'à l'échéance de la condition ; il y a ſeulement eſpérance qu'il pourra l'être : d'où il ſuit, que ſi par erreur il payoit avant la condition, il pourroit répéter ce qu'il a payé, comme choſe non due, ainſi que nous l'avons vu en l'article précédent.

Au contraire, celui qui doit à un certain terme qui n'eſt pas encore échu, eſt vraiment débiteur; & s'il payoit avant le terme, il ne pourroit répéter, parce qu'il auroit payé ce qu'il devoit effectivement: mais quoiqu'il ſoit débiteur, on ne peut juſqu'à l'échéance du terme, exiger de lui ce qu'il doit.

Quelquefois néanmoins le verbe *devoir* ſe prend plus ſtrictement pour ce qui peut actuellement s'exiger; & en ce ſens on dit, *qui a terme, ne doit rien.*

231. Le terme differe l'exigibilité de la dette, juſqu'à ce qu'il ſoit entiérement révolu. Ainſi ſi j'ai promis de payer une ſomme cette année, on ne pourra pas encore l'exiger de moi le dernier jour de l'année; car ce dernier jour fait partie du terme; *L.* 42, ff. *de verb. oblig.*

232. Cet effet du terme d'empêcher le créancier d'exiger la dette, juſqu'à ce qu'il ſoit expiré, eſt commun au terme de droit & au terme de grace.

Le terme de droit a un autre effet qui lui eſt particulier; ſçavoir, qu'il empêche la compenſation de la dette, juſqu'à ce qu'il ſoit expiré.

Par exemple, je vous ai prêté au premier Janvier 1771, mille écus que vous vous êtes obligé de me payer au premier Janvier 1772. Depuis, vous êtes devenu héritier de mon créancier d'une pareille ſomme de mille écus que je dois ſans terme; vous me demandez le paiement de cette ſomme au mois de Juillet 1771: je ne pourrai vous expoſer en compenſation la dette de mille écus que vous me devez, payable au premier Janvier 1772; car la compenſation étant un paiement, ce ſeroit de ma part vouloir vous obliger à me payer avant le terme, ce qui eſt contre la teneur de la convention.

Il n'en eſt pas de même du terme de grace: il arrête bien les pourſuites du créancier; mais il n'exclut pas la compenſation. C'eſt pourquoi ſi je vous ai prêté au premier Janvier 1771, mille écus, payables à volonté, & que vous ayiez obtenu du Prince ou du Juge, terme juſqu'au premier Janvier 1772; ſi devenu héritier de mon créancier d'une pareille ſomme, vous me la demandez au mois de Juillet 1771, le terme de grace qui vous a été accordé, n'empêchera pas que je ne puiſſe vous oppoſer la compenſation de pareille ſomme que vous me devez. Ce terme de grace n'a d'effet que pour arrêter les pourſuites de rigueur, & non pas pour arrêter la compenſation: *Aliud eſt enim diem obligationis non veniſſe, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri ſolutionis;* L. 16, §. 1, ff. *de compenſ.*

233. Il nous reſte à obſerver touchant l'effet du terme, qu'étant préſumé appoſé en faveur du débiteur; *L.* 17, ff. *de R. J.* le débiteur peut bien ſe défendre de payer avant l'expiration du terme; mais le créancier ne peut ſe défendre de recevoir, ſi le débiteur veut payer; *L.* 70, *de ſolut.; L.* 17, *de regul. juris*; à moins qu'il ne paroiſſe par les circonſtances, que le temps du paiement a été convenu en faveur du créancier, auſſi-bien qu'en faveur du débiteur.

Le terme de paiement, porté par les lettres de change, eſt réputé appoſé auſſi-bien en faveur du créancier propriétaire de la lettre, que du débiteur; *Déclaration du* 28 *Novembre* 1712.

§. III.

Des cas auxquels la dette peut être exigée avant le terme.

234. Le terme accordé par le créancier au débiteur, eſt cenſé avoir pour fondement la confiance en ſa ſolvabilité : lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme ceſſe.

235. De-là il ſuit, 1°, Que lorſque le débiteur a fait faillite, & que le prix de ſes biens eſt diſtribué entre les créanciers, le créancier peut toucher, quoique le terme de la dette ne ſoit pas expiré. C'eſt encore une différence entre le terme & la condition ; car le créancier conditionnel en ce cas n'a pas droit de toucher, mais ſeulement d'obliger les autres créanciers qui toucheront, à s'obliger à rapporter à ſon profit, ſi par la ſuite la condition exiſte.

236. Obſervez, que ſi entre pluſieurs débiteurs ſolidaires, il y en a qui font faillite, le créancier peut bien exiger de ceux-ci la dette avant le terme ; mais il ne peut pas l'exiger de celui qui eſt ſolvable. Le ſolvable doit jouir du terme, & il n'eſt pas même obligé pour cela, de donner une caution à la place de ſes codébiteurs faillis. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 29 Février 1592, rapporté par Anne Robert IV, 6. La raiſon eſt, que ce débiteur qui eſt demeuré ſolvable, ne peut pas ſans ſon fait, être obligé à plus qu'à ce à quoi il a bien voulu s'obliger : on ne peut donc pas l'obliger à donner une caution qu'il ne s'eſt pas obligé de donner : la faillite de ſes codébiteurs étant le fait de ſes codébiteurs, & non le ſien, elle ne peut lui préjudicier, ſuivant la regle *nemo ex alterius facto prægravari debet.*

De-là il ſuit, 2°. Que le créancier hypothécaire qui a formé oppoſition au décret de l'héritage, ou au ſceau de l'office qui lui étoit hypothéqué, & qui ſe trouve en ordre d'être utilement colloqué, peut exiger ſur le prix dudit héritage ou office, le paiement de ſa créance, quoique le terme de paiement ne ſoit pas encore échu ; parce que ſon droit d'hypotheque ſur laquelle étoit appuyée ſa confiance qui l'avoit porté à accorder terme à ſon débiteur, venant à s'éteindre, l'effet du terme doit ceſſer.

§. IV.

Du terme joint aux conditions.

237. Les conventions comprennent quelquefois une condition & un terme. Il faut en ce cas examiner ſi le terme n'eſt appoſé qu'à la condition, ou s'il l'eſt auſſi à la diſpoſition. Au premier cas, lorſque la condition eſt accomplie, on n'attend plus l'échéance du terme pour exiger la dette. Par exemple, s'il eſt dit, *ſi je me marie d'ici à trois ans, vous me payerez* 100 *liv.* & que je me marie ſix mois après, je pourrai auſſi-tôt exiger les 100 liv. ſans attendre l'expiration du terme de trois ans. Pareillement, ſi nous ſommes convenus que vous me donneriez une certaine ſomme, au cas que je n'allaſſe pas en Italie avant le mois de Mai, la ſomme pourra vous être demandée auſſi-tôt qu'il ſera devenu conſtant par ma mort que je n'irai pas en Italie ; *L.* 10, ff. *de verb. oblig.* ſans

Universitas BIBLIOTHECA Ottaviensis

qu'il ſoit beſoin d'attendre juſqu'au mois de Mai ; parce que ce terme n'a été appoſé qu'à la condition, & non pas à la diſpoſition. Mais ſi au contraire il étoit dit : *ſi je me marie d'ici au premier Janvier* 1758, *pour lors vous me donnerez* 100 *livres ;* ces mots *pour lors* font entendre que le terme eſt appoſé à la diſpoſition auſſi-bien qu'à la condition; c'eſt pourquoi, quoique j'aie accompli la condition en me mariant, je ne pourrai exiger la ſomme promiſe qu'après l'expiration du terme ; *L.* 4, §. 1, ff. *de cond. & dem. Vide Pand. Juſt. tit. de verb. oblig.* n. 111, *& tit. de cond. & dem.* n. 10 *&* 11.

ARTICLE IV.

Du lieu convenu pour le paiement.

238. Lorſque la convention porte un certain lieu où le paiement doit ſe faire, ce lieu eſt cenſé convenu pour l'utilité du créancier, comme pour celle du débiteur : c'eſt pourquoi le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir ailleurs. *Is qui certo loco dare promiſit, nullo alio loco quàm in quo promiſit, ſolvere invito ſtipulatore poteſt ;* L. 9, ff. *de eo quod certo loco.*

Mais ſuivant les principes du Droit Romain, le créancier pouvoit demander le paiement à ſon débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement ; *putà*, au lieu du domicile de ce débiteur, ou au lieu du contrat lorſqu'il l'y trouvoit, en ſe faiſant raiſon l'un à l'autre du dommage que l'un ou l'autre ſouffroit de ce que le paiement ne ſe faiſoit pas au lieu convenu. C'étoit la matiere de l'action *de eo quod certo loco : Vid. tit. ff. de eo quod certo loco.*

239. Cette action n'eſt pas d'uſage parmi nous, & le créancier ne peut pas plus obliger le débiteur de payer ailleurs qu'au lieu convenu, que le débiteur peut obliger le créancier de recevoir ailleurs : Automne, *d. tit.* dit, *hic Titulus non ſervatur in Galliâ.*

De-là il ſuit que lorſque le créancier n'eſt pas demeurant au lieu où doit ſe faire le paiement, il y doit avoir un domicile élu où le paiement puiſſe lui être fait ; autrement il ne peut mettre ſon débiteur en demeure. Ce domicile élu doit être notifié au débiteur, ou par la convention, ou par une ſignification juridique. Faute par le créancier d'avoir ce domicile, le débiteur qui veut payer, peut l'aſſigner pour qu'il en éliſe un, ſinon ſera permis au débiteur de conſigner ſur le lieu.

240. Le débiteur ne peut pas à la vérité être obligé de payer ailleurs qu'au lieu déſigné ; mais faute par lui de payer audit lieu, on peut, ſi la créance eſt exécutoire, exécuter les biens en quelque lieu qu'ils ſoient, & même, ſi elle eſt Conſulaire, on peut l'empriſonner par-tout où on le trouve, ainſi qu'il a été jugé par Arrêt rapporté par Mornac, *ad* L. 1, ff. *de eo quod certo loco.*

241. Il reſte à obſerver que ſi la convention porte deux différens lieux de paiement, & que ce ſoit par une particule conjonctive, le paiement doit ſe faire par moitié dans l'un deſdits lieux, & pour moitié dans l'autre ; *L.* 2, §. 4. ff. *de eo quod certo loco.* . . . . Si c'eſt par une disjonctive, le paiement doit ſe faire pour le total en l'un de ces deux lieux au choix du débiteur. *Ge-*

neraliter definit Scævola petitorem habere electionem ubi petat, reum ubi ſolvat ſcilicet ante petitionem ; L. 2, §. 3, ff. *d. t. Voyez* ſur le lieu où le paiement doit ſe faire, ce qui ſera dit, *p.* 3, *chap.* 1, *art.* 5.

ARTICLE V.

Des obligations contractées avec la clauſe de pouvoir payer à une perſonne indiquée, ou avec celle de pouvoir payer certaine choſe à la place de la choſe due.

242. Réguliérement le paiement d'une dette ne peut ſe faire à un autre qu'au créancier ſans ſon conſentement. C'eſt donc une qualité accidentelle d'une obligation, lorſqu'elle eſt contractée avec faculté de payer à une autre perſonne indiquée par la convention. *Voyez tout ce que nous en dirons, part.* 3, *chap.* 1, *art.* 2, §. 4.

243. On ne peut pas auſſi réguliérement payer au créancier ſans ſon conſentement, une autre choſe que celle qui eſt due & qui fait l'objet de l'obligation. Néanmoins l'obligation ſe contracte quelquefois avec la faculté de payer quelqu'autre choſe à la place de celle qui eſt due ; comme lorſque j'ai donné mes vignes à un Vigneron pour 300 liv. de ferme par chacun an, qu'il pourra me payer en vin de ſa récolte ſur le prix qu'il ſe vendra dans le pays à la vendange. Quoique ce ſoit une ſomme de 300 liv. qui me ſoit due par mon Fermier, il peut néanmoins me payer du vin à la place.

Pareillement ſi quelqu'un m'a légué ſa maiſon, ſi mieux n'aimoit ſon héritier me payer 3000 liv. à la place, l'héritier en acceptant la ſucceſſion, contracte envers moi *ex quaſi contractu*, l'obligation de me donner la maiſon du défunt; mais avec la faculté de pouvoir me payer 3000 liv. à la place.

244. On ne doit point confondre ces obligations avec les obligations alternatives, dont nous traiterons en l'article ſuivant. Dans celles-ci, toutes les choſes promiſes ſous l'alternative, ſont toutes dues : mais dans l'obligation contractée, avec la faculté de payer une choſe à la place de celle qui fait l'objet de l'obligation, il n'y a qu'une choſe due. Celle que le débiteur a la faculté de payer, n'eſt pas due; elle n'eſt pas *in obligatione*, elle n'eſt qu'*in facultate ſolutionis* : comme dans l'exemple du legs de la maiſon du teſtateur, fait avec la faculté de payer 3000 liv. à la place, il n'y a que la maiſon qui ſoit due.

Delà il ſuit, 1°. que le créancier n'a droit de demander que cette maiſon, & non pas les 3000 liv., quoique le débiteur puiſſe avant & depuis la demande de la maiſon, payer les 3000 liv.

Delà il ſuit, 2°. que ſi la maiſon périt & eſt engloutie par un tremblement de terre, le débiteur eſt entiérement libéré.

Delà il ſuit, 3°. que la créance qui réſulte de ce legs, eſt une créance immobiliaire, quand même le débiteur prendroit le parti de me payer une ſomme de 3000 liv. pour ſe libérer. Car la nature d'une créance ſe regle par la nature de la choſe due, & non de celle qui peut être payée à la place de la choſe due. C'eſt pourquoi ſi ce legs m'avoit été fait par mon ayeul

pendant une communauté de biens avec ma femme, j'aurois le remploi de 3000 liv. payées durant cette communauté par l'héritier; cette ſomme étant le rachat de la créance d'une maiſon, & par conſéquent d'une créance immobiliaire, laquelle provenant d'un legs à moi fait par mon ayeul, m'étoit propre.

ARTICLE IV.

Des obligations alternatives.

245. Une obligation alternative, eſt celle par laquelle quelqu'un s'oblige à donner ou à faire pluſieurs choſes, à la charge que le paiement d'une choſe l'acquittera de toutes: comme ſi je me ſuis obligé de vous donner un tel cheval ou vingt écus; ou bien ſi je me ſuis obligé de vous bâtir une maiſon, ou de vous payer cent piſtoles, *&c.*

Lorſque quelqu'un s'eſt obligé à payer deux différentes ſommes d'argent ſous une particule disjonctive, l'obligation n'eſt pas pour cela alternative; & il n'eſt débiteur que de celle qui eſt la moindre: *ſi ita ſtipulatus fuero decem aut quinque dari ſpondes, quinque debentur.* L. 12, ff. *de verb. oblig.*

246. Pour qu'une obligation ſoit alternative, il faut que deux ou pluſieurs choſes aient été promiſes ſous une disjonctive. Lorſque pluſieurs choſes ont été promiſes ſous une conjonctive, il y a autant d'obligations que de choſes; L. 29, ff. *de verb. oblig.* & le débiteur n'eſt totalement libéré que par le paiement de toutes: mais lorſqu'elles ont été promiſes ſous une alternative, quoiqu'elles ſoient toutes dues, néanmoins il n'y a qu'une ſeule obligation; L. 27, ff. *de leg.* 2°. qui peut être acquittée par le paiement de l'une de ces choſes; *alterius ſolutio totam obligationem interimit. Adde gloſſ. ad* Leg. 25, ff. *de pecun. conſt.*

247. Le débiteur a le choix de la choſe qu'il voudra payer; L. 25, ff. *de contr. empt.* à moins qu'on ne ſoit convenu que ce ſera le créancier qui l'aura. C'eſt une conſéquence de la regle d'interprétation, rapportée *ſuprà, n.* 97.

Le débiteur peut bien payer l'une des choſes qu'il voudra: mais il ne peut pas payer partie de l'une & partie de l'autre. Par exemple, s'il s'eſt obligé de me donner 60 liv. ou vingt mines de bled, ou bien vingt écus ou un certain arpent de terre, il ne pourra pas me donner la moitié de la ſomme & la moitié de l'arpent de terre, ou de la quantité de bled; mais il faut qu'il me donne ou toute la ſomme ou toute la quantité de bled, ou tout l'arpent de terre. Pareillement lorſque le créancier a le choix, il ne peut exiger partie de l'une des choſes & partie de l'autre. L. 8, §. 1, ff. *de leg.* 1°.

Dans les rentes & penſions annuelles alternatives, comme s'il étoit dû une rente de trente livres, ou d'un muid de bled par chacun an, le débiteur peut choiſir chaque année l'une des deux choſes: quoiqu'il ait payé la premiere année la ſomme d'argent, il peut opter pour la ſeconde année le muid de bled, *& vice versâ*, L. 21, §. 6, ff. *de act. empt.*

248. Du principe par nous établi, que les choſes compriſes dans une obligation alternative ſont toutes dues, ſans néanmoins qu'aucune ſoit due déter-

minément, il ſuit 1°. que pour que la demande du créancier ſoit réguliere, il doit demander les deux choſes, non pas à la vérité conjointement, mais ſous l'alternative ſous laquelle elles lui ſont dues. S'il demandoit ſeulement une de ces choſes, ſa demande ne ſeroit pas réguliere; parce qu'aucune des deux ne lui eſt due déterminément, mais les deux lui ſont dues ſous une alternative. Si néanmoins par une clauſe particuliere le choix étoit accordé au créancier, il pourroit demander ſeulement l'une des deux choſes.

249. Il ſuit, 2°. qu'une obligation n'eſt pas alternative, lorſque l'une des deux choſes qui ont été promiſes n'étoit pas ſuſceptible de l'obligation qui a été contractée: mais en ce cas l'obligation eſt une obligation déterminée de celle qui en étoit ſuſceptible. C'eſt ſur ce fondement qu'il eſt décidé en la Loi 72, §. 4, ff. *de ſolut.* que ſi quelqu'un m'a promis ſous une alternative deux choſes, dont l'une m'appartenoit déja, il n'a pas la faculté de me la payer au lieu de l'autre, quoiqu'elle ait ceſſé depuis de m'appartenir; parce que cette choſe n'étant pas, lors du contrat, ſuſceptible de l'obligation qui a été contractée envers moi, *cùm res ſua nemini deberi poſſit*, il n'y a que l'autre qui me ſoit due.

250. Il ſuit, 3°. de notre principe, que lorſque pluſieurs choſes ſont dues ſous une alternative, l'extinction de l'une deſdites choſes n'éteint point l'obligation: car toutes étant dues, l'obligation ſubſiſte dans celles qui reſtent, & elles ne peuvent ceſſer d'être dues que par le paiement d'une.

Par la même raiſon ſi le créancier deſdites choſes, qui l'eſt *ex causâ lucrativâ*, devenoit propriétaire de l'une deſdites choſes *ex aliâ causâ lucrativâ*, l'obligation qui ne peut ſubſiſter à l'égard de la choſe dont il eſt devenu propriétaire, ſubſiſte à l'égard des autres; L. 16, *de verb. oblig.*

Lorſque l'une de deux choſes dues ſous une alternative, eſt périe, le débiteur eſt-il en ce cas recevable à offrir le prix de la choſe qui eſt périe, pour éviter de payer celle qui eſt reſtée? Non; car la choſe qui eſt périe n'exiſtant plus, n'eſt plus due, celle qui reſte eſt la ſeule qui reſte due, & par conſéquent la ſeule qui puiſſe être payée; L. 2, §. 3, *v. qui ſtichum*, ff. *de eo quod certo loco*; L. 34, §. 6, ff. *de contr. empt.* L. 95, §. 1, ff. *de ſolut.* La Loi 47, §. 3, ff. *de leg.* 1°. ſemble contraire à cette déciſion: il eſt dit que deux eſclaves ayant été légués ſous une alternative, & l'un d'eux étant mort, l'héritier étoit tenu de donner celui qui reſtoit; & il y eſt ajouté, *ou peut-être le prix de celui qui étoit mort, fortaſſis vel mortui pretium.* Mais cette déciſion, comme l'obſerve fort bien Dumoulin, *tract. de divid. & individ. part.* 2, *n.* 150, doit être reſtreinte au cas auquel il paroîtroit par des circonſtances, que telle a été la volonté du teſtateur, ce qu'indique le terme *fortaſſis.*

251. Il n'importe que l'une des deux choſes compriſes ſous l'alternative, ſoit périe ſans le fait ni la faute du débiteur, & avant aucune demeure de ſa part, ou qu'elle ſoit périe par ſa faute ou depuis ſa demeure. En l'un & l'autre cas, celle qui reſte eſt la ſeule choſe qui demeure due, & le débiteur n'eſt pas reçu à offrir le prix de celle qui ne ſubſiſte plus, *d.* L. 95, §. ff. *de ſolut. Nec obſtat* que lorſqu'une choſe eſt périe par la faute du débiteur ou depuis ſa demeure, elle eſt cenſée continuer d'être due, par le prix que le débiteur doit en ce cas à la place de la choſe; L. 82, §. 1, ff. *de verb. oblig. & paſſim.*

La réponſe eſt, que ce qui n'a été établi qu'en faveur du créancier dans le cas de l'obligation d'une choſe déterminément due, ne peut être oppoſé au créancier dans le cas de l'obligation alternative : la faute ni la demeure du débiteur ne doivent pas préjudicier au créancier. Or, elles lui préjudicieroient & changeroient ſa condition, ſi le débiteur qui peut encore accomplir ſon obligation dans l'une des deux choſes qui reſtent, étoit recevable à offrir en argent le prix de celle qui eſt périe ; prix que le créancier ne ſeroit pas tenu de recevoir ſi les deux choſes ſubſiſtoient.

252. Lorſque les deux choſes ſont péries ſucceſſivement par la faute du débiteur ou depuis ſa demeure, le débiteur, quoiqu'il eût le choix de donner celle des deux qu'il voudroit, n'a pas de même le choix de payer le prix de celle des deux qu'il voudra. Car par l'extinction de la premiere, il eſt demeuré débiteur déterminément de celle qui reſtoit : c'eſt pourquoi il doit déterminément le prix de celle qui eſt périe la derniere.

Lorſque la premiere périe a péri par ſa faute, & que celle qui reſtoit a péri auſſi ſans ſa faute, & avant qu'il ait été mis en demeure; quoique ſelon la ſubtilité il parût devoir être quitte des deux, néanmoins l'équité veut qu'il ſoit tenu en ce cas du prix de celle qui a péri par ſa faute ; *d.* L. 95, §. 1.

253. Lorſque par la convention le choix a été accordé au créancier, il a le choix de la choſe qui reſte, ou du prix de celle qui eſt périe par la faute du débiteur ; autrement cette faute lui ſeroit nuiſible, ſi celle qui eſt périe étoit plus précieuſe ; *Voyez* Molin. *tr. de div. & ind. p.* 2, *n.* 152, 154.

254. Il ſuit, 4°. de notre principe, que tant que les choſes dues ſous une alternative ſubſiſtent, l'obligation demeure indéterminée & incertaine, & elle n'eſt déterminée à l'une des choſes compriſes en l'obligation, que par le paiement qui en eſt fait. D'où il ſuit auſſi que lorſqu'un immeuble & une choſe mobiliaire ſont dues ſous une alternative, la nature de cette créance eſt en ſuſpens. Si le débiteur donne l'immeuble, la créance ſera réputée avoir été une créance immobiliaire : s'il donne le meuble, elle ſera réputée avoir été mobiliaire. En cela l'obligation alternative differe de l'obligation déterminée d'une certaine choſe, avec faculté d'en donner une autre à la place ; *Voyez* ſuprà, *n.* 244, *in fine.*

255. Un teſtateur ayant légué à quelqu'un par ſon teſtament un certain tableau déterminément, il a depuis par un codicille changé cette diſpoſition, en léguant au même légataire ce tableau, *ou une ſomme de cinq cens livres ;* ce codicille ne s'étant pas d'abord trouvé lors de la mort du teſtateur, l'héritier a délivré au légataire le tableau qu'il croyoit lui devoir déterminément : depuis, le codicille s'étant trouvé, & l'héritier ayant reconnu qu'il ne devoit le tableau que ſous l'alternative d'une ſomme de 500 liv., il aſſigne le légataire en répétition du tableau, aux offres de lui payer la ſomme d'argent; y eſt-il fondé ? Les deux Ecoles chez les Romains ont été partagées ſur cette queſtion. Celſe, qui étoit de l'Ecole des Proculeïens, décide en la Loi 19, ff. *de leg.* 2°. pour la négative. La raiſon de cette déciſion eſt que les choſes compriſes ſous une obligation alternative, étant toutes dues, le paiement qui a été fait au légataire du tableau légué, eſt le paiement d'une choſe due, & par conſéquent eſt un paiement valable, qui ne peut être ſujet à répétition.

Au

Au contraire, Julien qui étoit de l'Ecole des Sabiniens, décide en la Loi 32, §. *fin.* ff. *de cond. indeb.* qu'il y a lieu à la répétition, lorſqu'un débiteur a payé une choſe qu'il croyoit par erreur devoir déterminément, quoiqu'il ne fût débiteur que d'une choſe indéterminée d'un certain genre, ou qu'il fût débiteur de cette choſe, mais ſous l'alternative d'une autre choſe.

La raiſon ſur laquelle eſt fondée cette déciſion eſt, que l'erreur innocente en laquelle a été le débiteur ſur la qualité de ſon obligation, ne doit point lui préjudicier, ni aggraver ſon obligation en le dépouillant du choix qu'il avoit de payer la ſomme à la place du tableau. A l'égard de la raiſon alléguée pour l'opinion contraire, on y répond en diſant qu'il y a lieu à la répétition qu'on appelle *condictio indebiti*, non-ſeulement lorſqu'on a payé ce qui n'étoit pas dû en aucune maniere, mais auſſi lorſqu'on a payé plus qu'il n'étoit dû; L. 1, §. 1, *Cod. de cond. ind. & paſſim.* Or, ce plus s'eſtime *non ſolùm quantitate debiti, ſed & causâ. Inſtit. tit. de act.* §. 34, *verſ. huic autem.* C'eſt pourquoi dans l'eſpece propoſée, celui qui a payé une choſe comme due déterminément, quoiqu'il ne la dût que ſous l'alternative d'une autre choſe, a payé plus qu'il ne devoit; & ce paiement doit être ſujet à répétition, en offrant l'autre choſe qu'il avoit droit de payer à la place de celle qu'il a payée. Cette derniere opinion eſt bien plus équitable que la premiere; elle reſtitue à chacun ce qui lui appartient. C'eſt pourquoi Dumoulin décide très-bien, *tr. de div. & ind. p.* 2, *n.* 135 *& ſeq.* qu'elle doit être ſuivie.

256. Dumoulin, *n.* 139 *& ſeq.* apporte un tempérament à cette déciſion, qui eſt que lorſque le créancier n'a pas induit le débiteur dans l'erreur en laquelle il étoit, & qu'il a reçu de bonne foi, la répétition ne pourra avoir lieu contre lui qu'autant que le créancier n'en ſouffrira aucun préjudice, & qu'il ſera remis au même état qu'il étoit avant le paiement. La raiſon eſt que cette action n'eſt fondée que ſur une raiſon d'équité; *hæc condictio ex bono & æquo introducta*; L. 66, ff. *de condictione indeb.* Elle n'eſt fondée que ſur cette regle d'équité, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichiſſe aux dépens d'autrui. C'eſt pourquoi elle n'a lieu que juſqu'à concurrence de ce que celui qui a reçu en a profité; L. 65, §. 7 & 8, ff. *dict. tit.* Suivant ces principes, il faut décider dans l'eſpece propoſée, que ſi le légataire a vendu de bonne foi la choſe qui lui a été délivrée, l'héritier ne peut avoir répétition contre lui que pour ce qu'il l'a vendue de plus que la ſomme que l'héritier avoit droit de lui payer à la place.

Suivant les mêmes principes, ſi le débiteur a payé au créancier une ſomme d'argent qu'il croyoit lui devoir déterminément, quoiqu'il ne la dût que ſous l'alternative d'une autre choſe, le débiteur ne doit pas être facilement admis à répéter cette ſomme, en offrant de donner l'autre choſe, quand le créancier a dépenſé cette ſomme, & qu'il n'y a pas une grande diſproportion de valeur entre la ſomme qu'il a reçue & l'autre choſe.

257. Il y a une autre queſtion ſur laquelle les deux Ecoles ont été partagées. Celui qui devoit deux choſes ſous une alternative, trompé par une expédition du Notaire qui avoit écrit & au lieu d'*ou* qui ſe trouve dans l'original, a payé les deux choſes à la fois & en même temps: depuis il a découvert qu'il ne devoit que l'une deſdites choſes à ſon choix. Il n'eſt pas douteux qu'il a droit de

répéter l'une deſdites choſes ; mais peut-il répéter l'une des deux qu'il voudra ? Celſe cité par Ulpien en la Loi 26, §. 13, *in fin.*, ff. *de cond. ind.* penſoit que c'étoit en ce cas le créancier qui avoit le choix de retenir celle qu'il voudroit. Julien, au contraire au rapport de Juſtinien en la Loi *penul. Cod. hoc Titulo*, penſoit que le débiteur avoit droit de répéter celle des deux qu'il voudroit. L'opinion de Celſe étoit apparemment fondée ſur ce raiſonnement. Les choſes qui ſont compriſes dans une obligation alternative étant toutes deux dues, le débiteur qui les a payées l'une & l'autre, ne peut dire d'aucune des deux déterminément qu'elle ne fût pas due ; il ne peut donc répéter aucune des deux déterminément comme non due : il a ſeulement la répétition de l'une des deux indéterminément, comme ayant payé plus qu'il ne devoit en payant les deux, quoiqu'il ne dût que l'une des deux. Le créancier devenant à ſon tour débiteur par rapport à la reſtitution qui eſt due de l'une des deux, c'eſt à lui en qualité de débiteur, à qui doit appartenir le choix de rendre celle des deux qu'il voudra. Ce raiſonnement ſur lequel l'opinion de Celſe eſt fondée, n'eſt qu'une pure ſubtilité.

L'opinion de Julien eſt fondée ſur l'équité : l'action *condictio indebiti* eſt une eſpece de reſtitution en entier que l'équité accorde contre un paiement erroné. Or, il eſt de la nature de toutes les reſtitutions contre un acte, que les parties ſoient remiſes au même état qu'elles étoient auparavant : d'où il ſuit que le débiteur qui a payé les deux choſes, ignorant qu'il n'étoit tenu de payer que celle des deux qu'il voudroit, doit être remis par cette action dans le droit qu'il avoit avant le paiement, de ne payer que celle qu'il voudroit, & par conſéquent de répéter celle des deux qu'il voudra. Cette derniere opinion, comme plus équitable, a été embraſſée par Papinien, & enfin confirmée par la conſtitution de Juſtinien ; *L. penul. Cod. d. tit.*

Obſervez que le débiteur n'a en ce cas le droit de répéter l'une des deux choſes qu'il a payée, que tant que les deux choſes ſubſiſtent. Si l'une des deux avoit ceſſé de ſubſiſter depuis le paiement, il n'y auroit plus lieu à la reſtitution, comme l'a décidé le même Julien en la Loi 31, ff. *d. t.* La raiſon en eſt évidente : l'action *condictio indebiti* remet les parties au même état que ſi le paiement n'avoit pas été fait, & qu'il fût encore à faire. Or, s'il étoit encore à faire, le débiteur ne pourroit ſe diſpenſer de payer celle qui ſe trouveroit reſter la ſeule choſe due ; elle doit donc en ce cas reſter *in ſoluto* pardevers le créancier, & le débiteur ne la peut répéter.

Sur l'indiviſibilité du paiement des obligations alternatives, *Voyez* ce qui eſt dit *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 3.

ARTICLE VII.

Des obligations ſolidaires entre pluſieurs créanciers.

258. Réguliérement lorſque quelqu'un contracte l'obligation d'une ſeule & même choſe envers pluſieurs, chacun de ceux envers qui il l'a contractée, n'eſt créancier de cette choſe que pour ſa part : mais elle peut ſe contracter envers chacun d'eux pour le total, lorſque telle eſt l'intention des parties ;

de maniere que chacun de ceux envers qui l'obligation eſt contractée, ſoit créancier pour le total, & que néanmoins le paiement fait à l'un d'eux libere le débiteur envers tous : c'eſt ce qu'on appelle ſolidité d'obligation. On appelle ces créanciers *correi credendi*, *correi ſtipulandi*.

259. On peut apporter pour exemple de cette obligation ſolidaire, celle qui naît d'une diſpoſition teſtamentaire qui auroit été faite en ces termes : mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins une ſomme de cent livres. L'héritier ne doit dans cette eſpece qu'une ſeule ſomme : mais il doit cette ſomme entiere à chacun des deux Couvens qui en ſont cocréanciers ſolidaires, de maniere néanmoins que le paiement qu'il fera de cette ſomme à l'un des deux Couvens, le libérera envers les deux ; L. 16, ff. *de legat.* 2°. Cette ſolidité entre pluſieurs créanciers eſt d'un uſage très-rare parmi nous : il ne faut pas la confondre avec l'indiviſibilité d'obligation, dont nous parlerons *infrà*.

260. Les effets de cette ſolidité entre créanciers, ſont, 1°. que chacun des créanciers étant créancier du total, peut par conſéquent demander le total ; & ſi l'obligation eſt exécutoire, contraindre le débiteur pour le total. 2°. La reconnoiſſance de la dette faite envers l'un des créanciers, interrompt la preſcription pour le total de la dette, & par conſéquent profite aux autres créanciers ; L. *fin. de Cod. de duobus reis.* 3°. Le paiement fait à l'un des créanciers, éteint toute la dette : car ce créancier l'étant pour le total, le paiement du total lui eſt valablement fait ; & ce paiement libere le débiteur envers tous. Car quoiqu'il y ait pluſieurs créanciers, il n'y a néanmoins qu'une dette que le paiement total qui eſt fait à l'un des créanciers, doit éteindre.

Il eſt au choix du débiteur de payer auquel il voudra des créanciers ſolidaires tant que la choſe eſt entiere : mais ſi l'un d'eux avoit prévenu par des pourſuites, le débiteur ne pourroit plus payer qu'à lui ; *Ex duobus reis ſtipulandi ; ſi ſemel unus egerit, alteri promiſſor offerendo pecuniam, nihil agit ;* L. 16, ff. *de duobus reis.*

4°. Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut avant qu'il ait été prévenu par les pourſuites de quelqu'un de ſes créanciers, faire remiſe de la dette au débiteur, & le libérer envers tous. Car de même que le paiement du total fait à l'un des créanciers ſolidaires, libere le débiteur envers tous, de même la remiſe du total qui tient lieu de paiement, faite par l'un des créanciers, doit le libérer envers tous ; *acceptilatione unius tollitur obligatio ;* L. 2, ff. *de duob. reis.*

ARTICLE VIII.

De la ſolidité de la part des Débiteurs.

§. I.

Ce que c'eſt qu'obligation ſolidaire de la part des Débiteurs.

261. Une obligation eſt ſolidaire de la part de ceux qui l'ont contractée, lorſqu'ils s'obligent chacun pour le total, de maniere néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux, libere tous les autres.

Ceux qui s'obligent de cette maniere ſont ceux qu'on appelle *correi debendi.*

De même que la ſolidité de la part des créanciers conſiſte en ce que l'obligation d'une même choſe contractée envers pluſieurs perſonnes, eſt contractée envers chacun d'eux pour le total, auſſi totalement que ſi chacun d'eux en étoit le ſeul créancier, ſauf néanmoins que le paiement fait à l'un d'eux libere envers tous les autres ; de même la ſolidité de la part des débiteurs conſiſte en ce que l'obligation d'une même choſe eſt contractée par chacun pour le total, auſſi totalement que ſi chacun d'eux en étoit le ſeul débiteur, de maniere néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux, libere les autres.

262. Il ne ſuffit pas toujours pour qu'une obligation ſoit ſolidaire, que chacun des débiteurs ſoit débiteur de toute la choſe ; ce qui arrive à l'égard de l'obligation indiviſible & non ſuſceptible de parties, quoiqu'elle n'ait pas été contractée ſolidairement : il faut que chacun des débiteurs, *totum & totaliter debeat* ; c'eſt-à-dire, qu'il faut que chacun ſe ſoit obligé auſſi totalement à la preſtation de la choſe, comme s'il eût ſeul contracté l'obligation.

263. Il faut ſur-tout que les débiteurs ſe ſoient obligés à la preſtation de la même choſe. Ce ne ſeroit donc pas une obligation ſolidaire de deux perſonnes, mais deux obligations, ſi deux perſonnes s'obligeoient envers une autre à différentes choſes.

Mais pourvu qu'ils ſoient obligés chacun totalement à une même choſe, quoiqu'ils ſoient obligés différemment, ils ne laiſſent pas d'être codébiteurs ſolidaires *correi debendi* ; *putà* ſi l'un s'eſt obligé purement & ſimplement, & l'autre s'eſt obligé ſeulement ſous condition, ou a pris un temps de paiement ; ou s'ils ſe ſont obligés à payer en différens lieux ; L. 7, L. 9, §. 2, ff. *de duobus reis.*

On dira peut-être qu'il répugne qu'une ſeule & même obligation ait des qualités oppoſées ; qu'elle ſoit pure & ſimple à l'égard de l'un des débiteurs, & conditionnelle à l'égard de l'autre. La réponſe eſt que l'obligation ſolidaire, eſt une à la vérité par rapport à la choſe qui en fait l'objet, le ſujet & la matiere ; mais elle eſt compoſée d'autant de liens qu'il y a de perſonnes différentes, qui l'ont contractée ; & ces perſonnes étant différentes entre elles, les liens qui les obligent ſont autant de liens différens, qui peuvent par conſéquent avoir des qualités différentes. C'eſt ce que veut dire Papinien, lorſqu'il dit : *& ſi maximè parem cauſam ſuſcipiunt, nihilominùs in cujuſque perſonâ, propria ſingulorum conſiſtit obligatio ;* d. L. 9, §. 2. L'obligation eſt une par rapport à ſon objet qui eſt la choſe due : mais par rapport aux perſonnes qui l'ont contractée, on peut dire qu'il y a autant d'obligations qu'il y a de perſonnes obligées.

264. Lorſque pluſieurs perſonnes contractent une dette ſolidairement, ce n'eſt que vis-à-vis du créancier qu'elles ſont chacune débitrices du total : mais entre elles la dette ſe diviſe, & chacune d'elles en eſt débitrice *pour ſoi*, pour la part ſeulement qu'elle a eue à la cauſe de la dette. Suppoſons, par exemple, que deux perſonnes ont emprunté enſemble une ſomme d'argent, qu'elles ſe ſont obligées ſolidairement de rendre ; ou qu'elles ont acheté une choſe au paiement de laquelle elles ſe ſont obligées ſolidairement envers le vendeur : ſi elles ont partagé entre elles également la ſomme empruntée, ou la choſe achetée, chacune d'elles, quoique débitrice du total vis-à-vis du créancier,

n'eſt vis-à-vis de ſon codébiteur, débitrice *pour ſoi* que de moitié. Si elles l'avoient partagée inégalement, *putà* que l'une d'elles eût retiré les deux tiers de la ſomme empruntée, ou eût eu les deux tiers dans la choſe achetée, & que l'autre n'en eût eu que le tiers, celle qui auroit eu les deux tiers ſeroit débitrice *pour ſoi* des deux tiers, & l'autre ſeulement du tiers. Si l'une d'elles profite ſeule du contrat, & que l'autre ne ſe ſoit obligée ſolidairement avec elle que pour lui faire plaiſir, celle d'entre elles qui a ſeule profité, eſt la ſeule débitrice : l'autre quoique débitrice principale vis-à-vis du créancier, n'eſt vis-à-vis de ſon codébiteur avec qui elle s'eſt obligée pour lui faire plaiſir, que ce qu'eſt une caution vis-à-vis du débiteur principal qu'elle a cautionné.

Pareillement, ſi la dette ſolidaire procede d'un délit commis par quatre particuliers, chacun eſt bien débiteur ſolidaire vis-à-vis de la perſonne envers qui le délit a été commis ; mais entre eux chacun eſt débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'eſt-à-dire, chacun pour ſon quart.

§. II.

En quels cas l'obligation de pluſieurs Débiteurs eſt réputée ſolidaire.

265. La ſolidité peut être ſtipulée dans tous les contrats de quelque eſpece qu'ils ſoient ; L. 9, ff. *de duob. reis.* Mais réguliérement elle doit être exprimée ; ſinon lorſque pluſieurs ont contracté une obligation envers quelqu'un, ils ſont préſumés ne l'avoir contractée chacun que pour leur part. C'eſt ce que décide Papinien en la Loi 11, §. 2, ff. *de duob. reis ;* & c'eſt ce qui a été confirmé par Juſtinien en la Novelle 99. La raiſon eſt que l'interprétation des obligations ſe fait, dans le doute, en faveur des débiteurs, comme il a été déja vu ailleurs. Suivant ce principe, dans l'eſpece d'un héritage qui appartient à quatre propriétaires, trois l'ayant vendu ſolidairement, & ayant promis de faire ratifier la vente par le quatrieme propriétaire, il a été jugé que le quatrieme, en ratifiant, n'étoit pas cenſé avoir vendu ſolidairement ; parce que les trois autres avoient bien promis pour lui qu'il accéderoit au contrat de vente, mais il n'étoit pas exprimé qu'il y accéderoit ſolidairement.

266. Il y a néanmoins certains cas dans leſquels la ſolidité entre pluſieurs débiteurs d'une même choſe a lieu, quoiqu'elle n'ait pas été expreſſément ſtipulée.

Le premier cas eſt lorſque des aſſociés de commmerce contractent quelque obligation pour le fait de leur commerce.

Cette déciſion eſt de notre Droit François ; *Ordonn. du Commerce de* 1673, *t.* 4, *art.* 7.

Deux Marchands qui achetent enſemble une partie de marchandiſes, quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune ſociété entre eux, ſont cenſés aſſociés pour cet achat, & comme tels ſont obligés ſolidairement, quoique la ſolidité ne ſoit pas exprimée. Bornier ſur ledit article rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouſe qui l'a ainſi jugé, & cela a paſſé en maxime ; *Voyez* ſupra, *p.* 1, *ch.* 1, *art.* 5, *n.* 83.

267. Le ſecond cas auquel pluſieurs débiteurs d'une même choſe ſont obligés

ſolidairement, quoique la ſolidité n'ait point été exprimée, eſt celui de l'obligation que contractent pluſieurs tuteurs qui ſe chargent d'une même tutele ; ou de celle que contractent pluſieurs perſonnes qui ſe chargent de quelque adminiſtration publique ; tels que ſont des Echevins, des Fabriciers, des Adminiſtrateurs d'Hôpitaux. Ces charges ſont ſolidaires, ſuivant la diſpoſition des Loix qui ſont à cet égard ſuivies parmi nous, s'il n'y a quelque uſage contraire.

Les Loix Romaines accordoient aux tuteurs qui n'avoient pas géré, le bénéfice d'ordre & de diſcuſſion, qui conſiſtoit à pouvoir renvoyer le mineur ſorti de tutele, à diſcuter à leurs riſques celui des tuteurs qui avoit géré. Elles accordoient auſſi aux tuteurs qui avoient géré conjointement, le bénéfice de diviſion, lorſqu'ils étoient tous ſolvables. Mais ces exceptions accordées aux tuteurs & autres adminiſtrateurs, ne ſont pas en uſage parmi nous. C'eſt pourquoi lorſque Dumoulin, *tract. de divid. & individ.* p. 3, 166, dit que les tuteurs ont ce bénéfice de diviſion pour le paiement du reliquat de leur compte de tutele, hors le ſeul cas auquel ils ſont débiteurs *ex dolo*, cela doit s'entendre en ce ſens qu'ils ont ce bénéfice, ſuivant les Loix Romaines, & dans les lieux où les Loix Romaines ſont à cet égard pratiquées.

268. Le troiſieme cas d'obligation ſolidaire eſt à l'égard de ceux qui ont concouru à un délit : ils ſont tous obligés ſolidairement à la réparation.

Ils ne peuvent oppoſer aucune exception de diſcuſſion, ni diviſion, en étant indignes.

269. Il peut réſulter auſſi des teſtamens une obligation ſolidaire, lorſque le teſtateur a expreſſément déclaré qu'il chargeoit ſolidairement ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs, de la preſtation du legs.

Même ſans que la ſolidité ait été exprimée par le teſtament, ceux que le teſtateur a chargés du legs ſont obligés ſolidairement, lorſque le teſtateur s'eſt ſervi d'une disjonctive pour les en charger ; comme lorſqu'il a dit : *mon fils Pierre, ou mon fils Jacques donneront dix écus à un tel.* C'eſt ce qui eſt décidé en la loi 8, §. 1, ff. *de leg.* 1, *ſi ita ſcriptum ſit*, *L. TITIUS HERES MEUS, AUT MÆVIUS HERES MEUS DECEM SEIO DATO : cum utro velit, Seïus aget, ut ſi cum uno actum ſit & ſolutum, alter liberetur, quaſi ſi duo rei promittendi in ſolidum obligati fuiſſent.* Néanmoins Dumoulin prétend, *tract. de div. & ind.* p. 3, n. 153, 154, 155, que cette obligation n'eſt pas une obligation parfaitement ſolidaire ; qu'il eſt bien vrai que chacun des grévés eſt tenu pour le total de la preſtation du legs, & qu'en cela ils reſſemblent à des codébiteurs ſolidaires ; mais qu'ils ne ſont pas de véritables codébiteurs ſolidaires, & que leur obligation n'a pas les autres effets des obligations ſolidaires. Par exemple, ſi deux héritiers étoient grévés de cette maniere du legs d'un corps certain qui fût péri par le fait de l'un d'eux, il ne penſe pas que l'autre fût tenu de cette perte, comme le ſeroit un codébiteur ſolidaire, *infrà*, *n.* 273. En cela Dumoulin s'écarte de l'opinion commune, enſeignée par Barthole ſur ladite loi, & par les autres Docteurs qui reconnoiſſent dans l'eſpece de cette loi une vraie obligation ſolidaire. Dumoulin ſe fonde ſur ces termes, *quaſi ſi duo rei, &c.* ce qui indique, dit-il, que les deux héritiers ne ſont pas dans l'eſpece de la loi véritablement *correi*, l'adverbe *quaſi* étant *adverbium improprietatis.* J'inclinerois plus pour l'opinion de Barthole : ces héritiers étant dans cette eſpece débi-

teurs du total, non par la qualité de la choſe due, mais par la volonté du teſtateur, qui a voulu qu'ils fuſſent chargés chacun pour le total de la preſtation du legs, leur obligation me paroît avoir tous les caracteres d'une vraie obligation ſolidaire; & je ne vois rien qui l'en différencie. Le terme *quaſi* ne me paroît pas devoir être pris *pro adverbio improprietatis;* mais il me paroît être pris pour *quemadmodum* en ce ſens: ces deux héritiers ſont obligés ſolidairement de même que s'ils étoient obligés ſolidairement par une ſtipulation. Car ce n'eſt pas ſeulement par les ſtipulations qu'on peut contracter des obligations ſolidaires, *non tantùm verbis ſtipulationis, ſed & cæteris contractibus duo rei promittendi fieri poſſunt*; L. 9, ff. *de duobus reis*; & les teſtamens ainſi que les contrats peuvent former ces obligations.

§. III.

Des effets de la ſolidité entre pluſieurs Débiteurs.

270. Ces effets ſont, 1°. que le créancier peut s'adreſſer à celui qu'il choiſira des débiteurs ſolidaires, & exiger de lui, ſoit par demande, ſi la dette ne gît qu'en action, ſoit par voie de contrainte, ſi elle gît en exécution, le total de ce qui lui eſt dû. C'eſt une conſéquence néceſſaire de ce que chacun des débiteurs ſolidaires eſt débiteur du total.

Je ne penſe pas même que les codébiteurs qui ſe ſont obligés ſolidairement, aient entr'eux le bénéfice de diviſion; c'eſt-à-dire que l'un d'eux à qui le créancier demande le total, ſoit recevable en offrant ſa part, à demander que le créancier ſoit renvoyé contre les autres débiteurs pour chacun leur part, lorſqu'ils ſont ſolvables. Les actes de Notaires portent ordinairement la clauſe de renonciation au bénéfice de diviſion; & quand il n'y auroit point de clauſe de renonciation à cette exception de diviſion, je ne penſe pas qu'elle eût lieu. La loi 47, ff. *locati*, dit qu'il eſt plus juſte de la leur refuſer; *Quamquam fortaſſe ſit juſtius, &c.*

Il eſt vrai que la Novelle l'accorde aux codébiteurs ſolidaires qui ſe ſont rendus caution l'un de l'autre, *alternâ fidejuſſione obligatis*: mais je ne vois pas qu'on la ſuive parmi nous. On n'accorde au débiteur ſolidaire qui eſt pourſuivi pour le total, d'autre bénéfice que celui de pouvoir requérir la ſubrogation, ou ceſſion des actions du créancier contre ſes codébiteurs ſolidaires. *Voyez* ſur cette ſubrogation, *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

271. Obſervez que le choix que fait le créancier, de l'un des débiteurs contre lequel il exerce ſes pourſuites, ne libere pas les autres tant qu'il n'eſt pas payé: il peut laiſſer ſes pourſuites contre celui qu'il a pourſuivi le premier, & agir contre les autres; ou s'il veut, les pourſuivre tous en même temps; *L.* 28, *cod. de fidej.*

272. 2°. L'interpellation qui eſt faite à l'un des débiteurs ſolidaires, interrompt le cours de la preſcription contre tous les autres; *L. fin. Cod. de duobus reis.* C'eſt encore une conſéquence de ce que chacun des débiteurs eſt débiteur du total. Car le créancier, en l'interpellant, l'a interpellé pour le total de la dette: il a donc interrompu la preſcription pour le total de la dette, même à

l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourroient opposer une prescription contre le créancier, que sur ce qu'il n'auroit pas usé de son droit pour la dette dont ils sont tenus : mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus, est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total.

273. 3°. Par la même raison, lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, ou depuis qu'il a été mis en demeure, la dette est perpétuée non-seulement contre ce débiteur, mais contre tous ses codébiteurs qui sont tous solidairement tenus de payer au créancier le prix de cette chose. Car la dette de chacun d'eux étant une seule & même dette, elle ne peut pas subsister à l'égard de l'un, & être éteinte à l'égard des autres : c'est ce que décide la loi *penul.* ff. *de duob. reis* ; *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factam alteri quoque nocet.* Par exemple, si Pierre & Paul m'ont vendu solidairement un certain cheval, & qu'avant qu'il m'ait été livré il soit mort par la faute de Pierre, Paul demeurera débiteur aussi-bien que Pierre, & je pourrai lui demander la valeur du cheval, aussi-bien qu'à Pierre, sauf à lui son recours contre Pierre ; au lieu que s'ils avoient vendu sans solidité, Pierre seul seroit tenu de sa faute, & Paul, par la mort du cheval, quoiqu'arrivée par la faute de Pierre, seroit entiérement quitte de son obligation, & ne demeureroit pas moins créancier de la moitié du prix pour lequel le cheval a été vendu ; de même que si le cheval étoit mort par un cas purement fortuit ; *Mol. tract. de div. & ind. p.* 3, *n.* 126.

Observez que le fait, la faute, ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs, *ad conservandam & perpetuandam obligationem*, c'est-à-dire, à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, & qu'ils soient tenus d'en payer le prix : c'est en ce sens que la loi *penul.* ff. *de duobus reis*, dit *alterius factum alteri quoque nocet.* Mais la faute, le fait, ou la demeure de l'un d'eux, ne préjudicie pas aux autres *ad augendam ipsorum obligationem* ; c'est-à-dire, qu'il n'y a que celui qui a commis la faute, ou qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des dommages & intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de l'obligation outre la valeur de la chose due. Quant à l'autre débiteur qui n'a commis aucune faute, & n'a pas été mis en demeure, il n'est tenu d'autre chose que de payer le prix de la chose qui a péri par la faute ou depuis la demeure de son codébiteur ; son obligation ayant bien pu être perpétuée, mais non pas augmentée par la faute ou la demeure de son codébiteur. Par la même raison, il n'y a que celui qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des intérêts & autres dommages dus par le retard & la demeure. C'est en ce sens que la loi 32, §. *penul.* ff. *de usuris*, dit : *si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*

Dumoulin restreint la décision de cette loi aux dommages & intérêts qui n'ont pas été expressément stipulés. S'ils l'avoient été, ils en seroient tous tenus ; le fait ou la demeure de l'un d'eux faisant exister la condition de l'inexécution de l'obligation sous laquelle ils s'étoient tous obligés auxdits dommages & intérêts ; *Mol. ibid. n.* 127.

274. 4°. Le paiement qui est fait par l'un des débiteurs, libere tous les autres,

autres. C'eſt une conſéquence de ce que la dette ſolidaire n'eſt qu'une ſeule dette d'une même choſe, dont il y a pluſieurs débiteurs.

Non-ſeulement le paiement réel, mais toute autre eſpece de paiement doit avoir cet effet. C'eſt pourquoi, par exemple, ſi l'un des débiteurs ſolidaires, pourſuivi par le créancier, lui a oppoſé en compenſation de la ſomme qui lui étoit demandée, une pareille ſomme que lui devoit le créancier, ſes codébiteurs ſeront libérés par cette compenſation, comme par le paiement réel qu'il en auroit fait.

Pierre & Paul ſont mes débiteurs ſolidaires d'une ſomme de mille livres; depuis je ſuis devenu débiteur envers Pierre d'une pareille ſomme de mille livres: ſi j'ai pourſuivi Pierre pour le paiement de mille livres à moi dues par Pierre & Paul, & qu'il m'ait oppoſé la compenſation de mille livres que je lui devois, ſuivant ce que nous venons de dire, cette compenſation équipollant au paiement, la dette de mille livres qui m'étoit due ſolidairement par Pierre & par Paul, eſt par cette compenſation, éteinte vis-à-vis l'un & l'autre. Mais ſi je n'ai pas pourſuivi Pierre, & que je pourſuive Paul pour le paiement de cette ſomme, Paul pourra-t-il oppoſer en compenſation la dette de mille livres que je dois à ſon codébiteur? Papinien en la loi 10, ff. *de duobus reis*, décide pour la négative: *ſi duo rei promittendi ſocii non ſint, non proderit alteri, quòd ſtipulator alteri reo pecuniam debet.*

Néanmoins Domat en ſes loix civiles, *p.* 1, *l.* 3, *T.* 3, *S.* 1, *art.* 8, décide contre ce texte, que Paul pourra oppoſer la compenſation de ce que je dois à Pierre pour la part dont Pierre vis-à-vis de Paul eſt tenu de la dette, & non pour le ſurplus. Sa raiſon eſt que Pierre ne me devant plus cette part dont il étoit tenu de la dette, au moyen de la compenſation de la dette qu'il a droit de m'oppoſer, Paul ne doit pas être obligé de payer pour Pierre cette part dont Pierre eſt quitte par la compenſation. Cette raiſon n'eſt pas tout-à-fait concluante: car lorſqu'un débiteur ſolidaire paie le total de la dette, ce n'eſt que vis-à-vis ſes codébiteurs qu'il eſt cenſé payer pour eux les parts dont ils ſont chacun tenus de la dette, les codébiteurs ſolidaires n'étant entr'eux tenus de la dette que pour leur part; mais un débiteur ſolidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total, lorſqu'il paie le total ce n'eſt point vis-à-vis du créancier qu'il paie les parts de ſes codébiteurs, il paie ce qu'il doit lui-même, & par conſéquent il ne peut oppoſer en compenſation que ce qui eſt dû à lui-même, & non ce qui eſt dû à ſes codébiteurs; & c'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondée la déciſion de Papinien. On peut dire en faveur de celle de Domat qu'elle évite un circuit: car lorſque Paul m'aura payé pour le total la dette qu'il me doit ſolidairement avec Pierre, Paul aura recours contre Pierre pour la part dont il en étoit tenu, & pour cette part il ſaiſira entre mes mains ce que je dois à Pierre, & me fera rendre juſqu'à concurrence de cette part, ce que j'aurai reçu. Cette derniere raiſon doit faire ſuivre dans la pratique la déciſion de Domat.

275. La remiſe que le créancier feroit de la dette à l'un des débiteurs ſolidaires, libéreroit auſſi les autres, s'il paroiſſoit que le créancier, par cette remiſe, a eu intention d'éteindre la dette en total.

S'il paroiſſoit que ſon intention a été ſeulement d'éteindre la dette, pour

la part pour laquelle celui à qui il en a fait remiſe en étoit tenu vis-à-vis de ſes codébiteurs, & de décharger du ſurplus de la dette la perſonne de ce débiteur, la dette ne laiſſera pas de ſubſiſter pour le ſurplus dans les perſonnes de ſes codébiteurs.

Quid, ſi le créancier, par la décharge qu'il a donnée à ce débiteur, avoit déclaré expreſſément qu'il entendoit décharger ſeulement la perſonne de ce débiteur, & conſerver ſa créance entiere contre les autres codébiteurs, pourroit-il au moyen de cette proteſtation exiger le total des autres débiteurs, ſans aucune déduction de la part de celui qu'il a déchargé? Je penſe qu'il ne le pourroit. La raiſon eſt que des débiteurs ſolidaires ne ſe ſeroient pas obligés ſolidairement, mais ſeulement pour leurs parts, s'ils n'euſſent compté qu'en payant le total, ils auroient recours contre leurs codébiteurs, & qu'ils auroient pour cet effet la ceſſion des actions du créancier pour les autres parties. Ce n'eſt que ſous la charge tacite de cette ceſſion d'actions qu'ils ſe ſont obligés ſolidairement; & par conſéquent le créancier n'a droit d'exiger de chacun d'eux le total, qu'à la charge de cette ceſſion d'actions. Dans cette eſpece, le créancier s'étant mis par ſon fait hors d'état de pouvoir céder ſes actions contre un des débiteurs qu'il a déchargé, & par conſéquent s'étant mis hors d'état de remplir la condition ſous laquelle il a droit d'exiger le total, c'eſt une conſéquence qu'il ne puiſſe plus demander à chacun le total; *repellitur exceptione cedendarum actionum.* Voyez ce qui eſt dit de la ceſſion d'actions, *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs ſolidaires, & que le créancier en a déchargé un, perd-t-il entiérement la ſolidité, ou peut-il agir contre chacun des autres ſolidairement & ſous la déduction ſeulement de la part de celui qu'il a déchargé, & de ce que celui qu'il a déchargé, auroit été tenu de porter pour ſa part, des portions de ceux d'entr'eux qui ſeroient inſolvables? Par exemple, ſi j'avois ſix débiteurs ſolidaires, que j'en aie déchargé un, qu'il en reſte cinq dont un eſt inſolvable, ne puis-je agir contre chacun des autres que pour leur ſixieme, ou puis-je agir contre chacun des ſolvables pour le total, ſous la déduction ſeulement du ſixieme, dont étoit tenu celui que j'ai déchargé, & de la part dont il auroit été tenu de la portion de l'inſolvable? Je penſe que j'y ſerai bien fondé; car ce débiteur contre qui j'agis, ne peut prétendre contre moi d'autre déduction, que de ce qu'il perd par le défaut de ceſſion d'action contre celui que j'ai déchargé: or, la ceſſion d'action contre celui que j'ai déchargé ne lui auroit donné que le droit de répéter de lui ſa portion, & de le faire contribuer à celle des inſolvables, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 281.

276. Lorſque l'un des débiteurs ſolidaires eſt devenu l'unique héritier du créancier, la dette n'eſt point éteinte contre les autres débiteurs; car la confuſion *magis perſonam debitoris eximit ab obligatione, quàm extinguit obligationem*: mais ce débiteur, devenu héritier du créancier, ne peut l'exiger des autres débiteurs que ſous la déduction de la part dont il en eſt tenu vis-à-vis d'eux; & s'il y en a quelqu'un d'inſolvable, il doit en outre porter ſa part de la portion de l'inſolvable. Il en eſt de même dans le cas inverſe, lorſque le créancier eſt devenu l'unique héritier de l'un des débiteurs ſolidaires.

§. IV.

De la remiſe de la ſolidité.

277. Le droit de ſolidité qu'a un créancier contre pluſieurs débiteurs d'une même dette, étant un droit établi en ſa faveur, il n'eſt pas douteux que, ſuivant la maxime *cuique licet juri in ſuum favorem introducto renuntiare*, un créancier majeur qui a la libre diſpoſition de ſes biens, peut renoncer au droit de la ſolidité. Il y peut renoncer, ſoit en faveur de tous les débiteurs, en conſentant que la dette ſoit diviſée entr'eux, ſoit en faveur de l'un des débiteurs qu'il déchargera de la ſolidité, en conſervant ſon droit de ſolidité contre les autres, de maniere néanmoins que la décharge qu'il a donnée à l'un d'entr'eux, ne puiſſe préjudicier aux autres, comme il a été obſervé *n.* 275.

Il peut y renoncer, ſoit par une convention expreſſe, ſoit tacitement.

Il eſt cenſé y avoir renoncé tacitement, lorſqu'il a admis quelqu'un des débiteurs à payer la dette *pour ſa part* nommément. C'eſt la déciſion de la Loi 18, *Cod. de pact. Si creditores veſtros, ex* PARTE *debiti admiſiſſe quemquam veſtrûm pro ſua perſonâ ſolventem probaveritis, aditus rector provinciæ, pro ſuâ gravitate, ne alter pro altero exigatur providebit.*

La raiſon eſt que lorſque le créancier donne quittance en ces termes à l'un de ſes codébiteurs ſolidaires, *J'ai reçu d'un tel la ſomme de . . . pour ſa part*, il le reconnoît pour débiteur de la dette *pour une part ;* & par conſéquent il conſent qu'il ne ſoit plus ſolidaire, étant deux choſes oppoſées, d'être débiteur *pour une part*, & d'être débiteur ſolidaire.

Cette déciſion n'a pas lieu ſi la quittance par laquelle le créancier déclare avoir reçu d'un tel *pour ſa part*, pour une réſerve de la ſolidité : car les termes formels par leſquels le créancier ſe réſerve ſon droit de ſolidité, l'emportent ſur la conſéquence qu'on voudroit tirer des termes *pour ſa part*, employés dans ſa quittance pour en induire la renonciation à la ſolidité : & quand même on accorderoit que ces termes *pour ſa part* ſeroient auſſi formels en faveur de la renonciation à la ſolidité, que la réſerve expreſſe de la ſolidité formelle contre cette renonciation, il ne s'enſuivroit autre choſe ſinon que ces termes *pour ſa part*, & ceux-ci *ſans préjudice de la ſolidité*, ſe détruiroient réciproquement, & que la quittance devroit être regardée comme ſi elle ne contenoit ni les uns ni les autres, auquel cas elle ne peut préjudicier au droit de ſolidité : c'eſt le raiſonnement d'Alciat, *ad d.* L. 18.

On oppoſera peut-être que dans cette quittance ces termes, *ſans préjudice de la ſolidité*, doivent s'entendre d'une réſerve que le créancier fait de ſon droit de ſolidité contre les autres codébiteurs, & non contre celui à qui il donne quittance, afin de les concilier par ce moyen avec les termes *pour ſa part*, employés dans la quittance : cette importation ne vaut rien. Lorſque dans une quittance, comme dans tout autre acte, on réſerve des droits ſans dire contre qui, il eſt naturel que cela s'entende des droits qu'on a contre celui avec qui on traite, ou à qui on donne quittance, & non de ceux qu'on a

contre d'autres. On concilie d'une façon plus naturelle ces termes, *pour ſa part*, avec la réſerve de ſolidité, en diſant qu'en ce cas le créancier qui a réſervé ſon droit de ſolidité, a entendu par ces termes, *pour ſa part*, non une part pour laquelle ce débiteur ſeroit tenu vis-à-vis de lui créancier, mais la part pour laquelle ce débiteur eſt effectivement tenu de la dette vis-à-vis de ſes co-débiteurs; laquelle part le créancier a bien voulu recevoir de lui dans ce moment, ſauf à exiger de lui le ſurplus, en vertu du droit de ſolidité qu'il a contre lui, & qu'il ſe réſerve. C'eſt un des points jugés par un Arrêt du 6 Septembre 1712, rapporté au ſixieme tome du Journal des Audiences.

Lorſque la quittance porte, *ſans préjudice de mes droits*, c'eſt la même choſe que ſi elle portoit, *ſans préjudice de la ſolidité* : car le droit de ſolidité eſt compris dans la généralité des termes, *ſans préjudice de mes droits ;* & c'eſt même le droit dont la réſerve a le plus de rapport à la quittance que je donne, & qui ſert de corrective aux termes *pour ſa part*, employés dans ma quittance. *Alciat ad dict. leg.*

Lorſque le créancier a donné à l'un de ſes codébiteurs ſolidaires quittance purement & ſimplement d'une certaine ſomme, qui fait préciſément celle dont il eſt tenu de la dette pour ſa part vis-à-vis ſes codébiteurs, ſans exprimer qu'il l'a reçue *pour ſa part*, le créancier eſt-il cenſé avoir remis ſon droit de ſolidité? Je penſe qu'il ne doit pas être cenſé l'avoir remis, & que la déciſion de la Loi *ſi creditores*, ci-deſſus citée, doit être reſtreinte dans ſon cas, qui eſt celui auquel l'un des codébiteurs a été reçu expreſſément à payer pour ſa part perſonnelle, *ex parte pro perſonâ ſuâ*, & que c'eſt de cette expreſſion portée par la quittance que le créancier reçoit *pour la part* de ce débiteur, que ſe tire la préſomption de la renonciation à la ſolidité. Mais ſi le créancier a bien voulu recevoir de l'un de ſes débiteurs une partie de ſa dette, que ce débiteur ſolidaire lui devoit pour le total, on ne doit pas de cela ſeul en conclure, qu'il a voulu le décharger de la ſolidité: car il n'y a en ce cas aucune néceſſité de tirer cette conſéquence, & on ne la doit pas tirer ſans néceſſité, perſonne n'étant préſumé remettre ſes droits, *nemo facilè donare præſumitur.* C'eſt ce qui eſt décidé en la Loi 8, §. 1, ff. *de leg.* 1°. dans l'eſpece de deux héritiers que le teſtateur avoit grévés ſolidairement de la preſtation d'un legs. Pomponius décide que le légataire qui en a demandé à l'un d'eux, ou même qui a reçu de l'un d'eux ſa part, n'eſt pas cenſé pour cela l'avoir déchargé de la ſolidité, & qu'il peut exiger de lui le ſurplus. *Quid ſi ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere: idem erit & ſi alter partem ſolviſſet*; Bacquet, *Traité des droits de Juſtice, chap.* 21, *n.* 245; Baſnage, *Traité des Hypotheques, part.* 2, 4, ſont de notre avis.

Barthole prétend qu'il y a à cet égard une différence entre les débiteurs ſolidaires par teſtament, & ceux qui le ſont par un acte entre-vifs: mais cette diſtinction n'eſt fondée ſur aucune raiſon ſolide.

Obſervez que ces termes de la Loi, *idem erit, & ſi alter partem ſolviſſet*, doivent s'entendre du cas auquel le créancier, ſans avoir fait aucune demande, reçoit volontairement de l'un des débiteurs ſolidaires, la ſomme à laquelle monte ce que ce débiteur doit pour ſa part, ſans exprimer dans la quittance qu'il la reçoit *pour ſa part*, comme il ſera dit ci-après.

Lorſqu'un créancier a fait commandement à l'un des débiteurs ſolidaires de payer telle ſomme *pour ſa part* de la dette, ou lorſqu'il l'a aſſigné pour payer *ſa part* de la dette, eſt-il cenſé pour cela ſeul avoir diviſé ſa dette, & avoir déchargé ce débiteur de la ſolidité ? Les Docteurs ſont partagés ſur cette queſtion : Balde eſt pour l'affirmative, & Barthole pour la négative. Pour l'affirmative, on dira qu'il paroît y avoir même raiſon de le décider dans ce cas, que dans le cas de la Loi *ſi creditores*, ci-deſſus rapportée. Dans le cas de la Loi, le créancier qui a exprimé en termes formels dans la quittance qu'il a donnée à l'un des débiteurs ſolidaires, qu'il avoit reçu telle ſomme *pour ſa part*, a par ces termes reconnu & conſenti qu'il ne fût débiteur que pour ſa part, & par conſéquent qu'il ne fût plus débiteur ſolidaire, étant deux choſes oppoſées, d'être débiteur *pour une part*, & d'être débiteur ſolidaire. Or, lorſqu'un créancier a exprimé dans le commandement qu'il a fait à l'un des débiteurs ſolidaires, ou dans l'exploit de demande qu'il a donné contre lui, qu'il lui demande une telle ſomme *pour ſa part*, ne peut-on pas dire de même que par ces termes *pour ſa part*, il a conſenti que ce débiteur ne fût plus ſolidaire : par conſéquent il paroît y avoir dans ce cas même raiſon de décider que le créancier l'a déchargé de la ſolidité, que dans le cas de la Loi *ſi creditores*. Au contraire, pour la négative on a coutume d'alléguer la Loi *Reos* 23, *Cod. de fid.* & la Loi 8, §. 1, ff. *de leg.* 1°. ci-deſſus citée. La Loi *Reos* ne me paroît nullement décider cette queſtion ; mais la Loi 8, §. 1, décide formellement qu'un débiteur ſolidaire n'eſt pas déchargé de la ſolidité par la demande que lui a faite le créancier de payer *ſa part ;* puiſqu'elle décide que le créancier, nonobſtant la demande, n'eſt pas exclus de demander le ſurplus à l'un ou à l'autre des débiteurs ; & par conſéquent même à celui à qui il avoit d'abord demandé ſa part : *quid ſi ab altero partem petierit ? Liberum erit ab alterutro reliquum petere.* La raiſon eſt que les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier & du débiteur, la remiſe ne peut s'en faire que par un conſentement contraire des mêmes parties, *part.* 3, *chap.* 3, *art.* 1, §. 3. D'où il ſuit, qu'en ſuppoſant que la demande faite à l'un des débiteurs ſolidaires de payer *ſa part*, renfermeroit une volonté du créancier de lui remettre la ſolidité, tant que la volonté du débiteur n'a pas concouru avec celle du créancier ; tant que le débiteur n'a pas acquieſcé à cette demande, & offert en conſéquence de payer ſa part, cette demande ne peut faire acquérir au débiteur aucun droit, ni le décharger de la ſolidité, ni par conſéquent empêcher le créancier d'augmenter ſes concluſions contre lui, & de lui demander le total de la dette. En cela ce cas-ci differe du cas de la Loi *ſi creditores*, dans lequel la volonté du débiteur qui paie ſa part de la dette au créancier, qui veut bien s'en contenter, concourt avec celle du créancier pour la remiſe du ſurplus.

Lorſque le débiteur pourſuivi pour le paiement de ſa part, avant que le créancier ait augmenté ſes concluſions contre lui, a payé ſa part, ou ſeulement même offert de la payer, il me paroît qu'en ce cas il y a une entiere parité de raiſon de décider de même que dans le cas de la Loi *ſi creditores*, pour la décharge de la ſolidité. C'eſt pourquoi je penſe que ces derniers termes de la Loi 8, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *idemque erit, & ſi alter partem ſolviſſet*, qui ſont un verſet ſéparé dans ce paragraphe, doivent être reſtreints au cas

d'un paiement volontaire fait ſans que la quittance exprime que le créancier a reçu *pour ſa part*, & ne doivent pas s'entendre d'un paiement fait en conſéquence d'une pourſuite contre le débiteur pour le paiement *de ſa part.*

Pareillement lorſque ſur la demande du créancier contre l'un des débiteurs ſolidaires pour le paiement *de ſa part*, il eſt intervenu Sentence qui le condamne à payer ſa part, le créancier ne peut plus lui demander le ſurplus : la Sentence de condamnation ſupplée à cet égard à la volonté du débiteur, pour l'acceptation de la remiſe du ſurplus ; *cùm in judiciis quaſi contrahamus, & judicatum quamdam novationem inducat.* C'eſt l'avis de Bacquet, *ibid. n.* 247.

278. Lorſqu'il y a plus de deux débiteurs ſolidaires, la quittance donnée à l'un d'eux d'une ſomme, avec l'expreſſion que c'eſt pour le paiement *de ſa part*, décharge-t-elle de la ſolidité tous les débiteurs, ou ſeulement celui à qui elle eſt donnée ? Les Docteurs ont été encore partagés ſur cette queſtion. Les anciens Docteurs tenoient l'affirmative, & ſe fondoient ſur la Loi *ſi creditores*, ci-deſſus citée. Pierre de Letoile, dit *Stella*, célébre Profeſſeur de l'Univerſité d'Orléans, a été le premier, au rapport d'Alciat *ad d. Leg.* qui ait tenu la négative : ſon ſentiment paroît être le meilleur & le plus conforme aux principes du Droit. La Loi *ſi creditores* bien entendue n'y eſt pas contraire : cette Loi eſt fondée ſur une convention, qu'on préſume tacitement intervenue pour la décharge de la ſolidité, entre le créancier & celui des débiteurs à qui il a donné la quittance. Or, c'eſt un des principes de Droit les plus conſtans que les conventions ne peuvent faire acquérir de droit qu'entre les parties entre qui elles interviennent, *ſuprà, n.* 85 *& ſeq.* D'où il ſuit que celle-ci n'a pu procurer la décharge de la ſolidité qu'au débiteur à qui le créancier a donné la quittance, qui eſt le ſeul avec qui il a traité, & qu'elle n'a pu la procurer aux autres débiteurs, avec leſquels le créancier n'a eu à cet égard aucune convention : la bonté que le créancier a eue pour l'un de ſes débiteurs, en l'admettant à payer la dette pour ſa part ſeulement, ne doit pas lui être préjudiciable vis-a-vis des autres : *bonitas creditoris*, dit Alciat, *ad h. non debet eſſe ei captioſa.* La Loi *ſi creditores*, ſur laquelle ſe fondent les anciens Docteurs, n'a aucun rapport à cette queſtion : il y a même apparence que dans l'eſpece de cette Loi, il n'y avoit que deux débiteurs ſolidaires ; s'il y en avoit eu pluſieurs, l'Empereur auroit dit, *rector providebit ne unus pro cæteris exigatur :* ces termes, *ne alter pro altero exigatur*, déſignent deux débiteurs ſeulement, & s'entendent en ce ſens, *ne alter qui ſolvit, pro altero qui nondum ſolvit, exigatur.*

Cette déciſion doit être ſuivie avec ce tempérament, que ſi parmi les débiteurs qui reſtent, il y en avoit quelqu'un d'inſolvable, ils devroient être déchargés de la part que celui qui a été déchargé de la ſolidité, auroit porté de l'inſolvabilité : car s'ils ne devoient pas profiter de cette décharge, elle ne doit pas leur préjudicier. Il faut néanmoins avouer que Bacquet, *ibid. n.* 245, après avoir dit que l'opinion de Létoile lui paroît équitable, avoue que l'opinion contraire, qui eſt celle des anciens Docteurs, eſt ſuivie au Châtelet de Paris ; mais je crois que c'eſt une erreur qu'il faut réformer, ſi elle ne l'a déja été.

Lorſque le créancier a fait condamner l'un des débiteurs ſolidaires à payer *ſa part* de la dette, on doit, ſuivant les mêmes principes, décider que cette

Sentence ne doit pas décharger de la ſolidité les autres débiteurs, *cùm res judicata aliis non proſit* ; & qu'ils peuvent ſeulement demander, dans le cas auquel il y auroit quelqu'un parmi eux d'inſolvable, que le créancier leur faſſe raiſon & déduction de la part que celui qu'il a déchargé auroit dû porter de cette inſolvabilité.

279. Il nous reſte une queſtion qui eſt de ſçavoir, ſi lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs ſolidaires d'une rente, la quittance que le créancier a donnée à l'un d'eux d'une telle ſomme *pour ſa part* des arrérages qui étoient lors échus, le décharge de la ſolidité pour l'avenir, ou ſeulement pour les arrérages échus pour leſquels la quittance a été donnée ? Il faut décider qu'elle ne le décharge de la ſolidité que pour les arrérages échus pour leſquels la quittance a été donnée, & non pour l'avenir. Cette déciſion eſt fondée ſur le principe ci-deſſus établi, que *nemo facilè præſumitur donare.* D'où il ſuit qu'on ne doit point tirer de la quittance donnée par le créancier, la conſéquence qu'il a voulu décharger le débiteur de la ſolidité de la rente pour l'avenir, s'il n'y a néceſſité de la tirer : or, il n'y a aucune néceſſité ; car de ce que le créancier a bien voulu permettre à ce débiteur de payer *pour ſa part* les arrérages qui étoient échus, & pour leſquels il a donné quittance *pour ſa part*, il s'enſuit ſeulement que le créancier a voulu le décharger de la ſolidité pour leſdits arrérages ; mais il ne s'enſuit nullement qu'il ait voulu le décharger de la ſolidité de la rente pour l'avenir : ainſi le décide Alciat, *ad d. l.* ; *Bacquet*, *ibid.* n. 246.

Néanmoins ſi pendant le temps requis pour la preſcription, c'eſt-à-dire, pendant un eſpace de trente ans, le débiteur avoit toujours été admis à payer les arrérages *pour ſa part*, ce débiteur auroit acquis par preſcription la décharge de la ſolidité même pour l'avenir ; *Alciat*, *Bacquet*, *ibid.* Mais en ce cas même, comme l'obſerve Bacquet, *ibid.* ce débiteur n'auroit pas acquis le droit de racheter la rente ſeulement pour ſa part ; car de ce que le créancier a bien voulu le décharger de la ſolidité de la preſtation des arrérages, il ne s'enſuit nullement qu'il ait pareillement conſenti à la diviſion du rachat de ſa rente.

§. V.

De la ceſſion des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur ſolidaire qui paie le total.

280. Le débiteur ſolidaire qui paie le total, peut n'éteindre abſolument la dette que pour la part qu'il eſt tenu de payer pour ſoi, & ſans recours ; *Voyez* ſuprà, *n.* 264. Il a le droit de ſe faire céder les actions du créancier pour le ſurplus contre ſes codébiteurs ; & au moyen de cette ceſſion d'actions, il eſt cenſé en quelque façon plutôt acheter la créance du créancier pour le ſurplus contre ſes codébiteurs, que l'avoir acquittée ; *creditor non in ſolutum accepit, ſed quodammodo nomen creditoris vendidit ; l.* 36, ff. *de fidejuſſ.*

Le créancier ne peut refuſer cette ſubrogation ou ceſſion de ſes actions au débiteur ſolidaire qui paie le total, lorſqu'il la lui demande : & même s'il étoit mis hors d'état de pouvoir les céder contre quelqu'un, il donneroit atteinte à ſon droit de ſolidité, comme il a été dit *ſuprà*.

Il y a plus : lorſque le débiteur a, par l'acte de paiement, requis la ſubrogation, quand même le créancier la lui auroit expreſſément refuſée, le débiteur, ſelon nos uſages ne laiſſe pas de jouir de cette ſubrogation, ſans être obligé de pourſuivre le créancier pour le contraindre à la lui accorder. La Loi ſupplée en ce cas à ce que le créancier auroit dû faire, & ſubroge elle-même le débiteur qui a requis la ſubrogation, en tous les droits & actions du créancier.

Quid, ſi le débiteur avoit payé ſans requérir la ſubrogation ? Il ne pourroit plus par la ſuite ſe faire ſubroger aux actions du créancier : car le paiement pur & ſimple qu'il auroit fait, ayant éteint entiérement la créance & toutes les actions & droits qui en réſultent, on ne peut plus par la ſuite lui céder ce qui n'exiſte plus : *Si poſt ſolutum, ſine ullo pacto, omne quod ex cauſâ tutelæ debetur, actiones poſt aliquod intervallum ceſſæ ſint, nihil eâ ceſſione actum, cùm nulla actio ſuperfuit ;* l. 76, ff. *de ſolut.*

Les Docteurs, entre autres textes de Droit, ont coutume de citer cette Loi, pour décider que la ſubrogation ne ſe fait pas de plein droit, ſi elle n'eſt requiſe par le paiement que fait le débiteur ſolidaire, ou une caution, ou quelqu'autre perſonne que ce ſoit, qui paie ce qu'elle doit pour d'autres, ou avec d'autres ; & ce texte paroit effectivement le décider en termes aſſez formels. Néanmoins Dumoulin en la premiere de ſes leçons ſolemnelles qu'il fit à Dôle, a prétendu, contre le ſentiment de tous les Docteurs, qu'un co-débiteur ſolidaire, une caution, & généralement tous ceux qui payoient ce qu'ils devoient avec d'autres ou pour d'autres, étoient, en payant, ſubrogés de plein droit, quoiqu'ils n'euſſent pas requis la ſubrogation. Sa raiſon étoit qu'ils doivent toujours être préſumés n'avoir payé qu'à la charge de cette ſubrogation qu'ils avoient droit d'exiger ; perſonne ne pouvant être préſumé négliger ſes droits, & y renoncer. Il prétend que cette Loi 76 n'eſt pas, comme tous l'ont penſé, dans l'eſpece d'un tuteur qui a payé le reliquat qu'il devoit ſolidairement avec ſes cotuteurs, ſans demander la ſubrogation contre eux ; mais qu'elle eſt dans l'eſpece d'un ami d'un tuteur, qui avoit payé pour lui, & qui n'étoit pas obligé à la dette. Dumoulin prétend que ce n'eſt que dans ce cas, qu'il n'y a pas de ſubrogation, lorſque la quittance n'en fait pas mention ; parce qu'en ce cas le créancier n'étant pas obligé de céder ſes actions, on ne peut ſuppoſer cette ceſſion d'actions en ce cas, ſi elle n'eſt expreſſément convenue : mais toutes les fois que celui qui a payé avoit intérêt de payer, & avoit droit par conſéquent de ſe faire ſubroger aux actions du créancier, contre ceux pour qui ou avec qui il étoit débiteur de ce qu'il a payé, il prétend qu'il doit toujours être cenſé avoir été ſubrogé, quoiqu'il n'ait pas requis la ſubrogation : il fonde ſon opinion principalement ſur la Loi 1, §. 13, ff. *de tut. & rat.* qu'il entend dans un ſens tout différent de celui dans lequel ce texte a toujours été entendu. Il eſt dit ; *ſi fortè quis ex facto alterius tutoris condemnatus præſtiterit, vel ex communi geſtu, nec ei mandatæ ſunt actiones, conſtitutum eſt à D. Pio & ab Imperatore noſtro & patre ejus, utilem actionem tutori adversùs contutorem dandam* ; au lieu que le texte s'entend ordinairement de l'action *utilis negotiorum geſtorum*, que ces conſtitutions accordent en ce cas au tuteur contre ſes cotuteurs ; laquelle action avoit fait difficulté parce que ce

tuteur

tuteur en payant ce qu'il étoit condamné en ſon propre nom, *non contutoris ſed magis proprium negotium geſſiſſe videbatur.* Dumoulin au contraire entend ce texte de l'action de tutele que le mineur avoit contre l'autre tuteur, qui eſt appellée *utilis*, parce que la Loi *utilitate ita ſuadente* à défaut d'une ceſſion expreſſe, y ſubroge le tuteur qui a payé.

Cette opinion de Dumoulin n'a pas prévalu, & l'on a continué d'enſeigner dans les Ecoles, & de pratiquer au Barreau qu'un codébiteur ſolidaire, de même que les cautions, & tous ceux qui payoient ce qu'ils devoient avec d'autres ou pour d'autres, n'étoient ſubrogés aux actions du créancier que lorſqu'ils avoient requis la ſubrogation. La raiſon eſt que, ſuivant un principe avoué par Dumoulin lui-même, il ne ſe fait pas de ſubrogation de plein droit, à moins que la Loi ne s'en explique; *non tranſeunt actiones, niſi in caſibus jure expreſſis.* Or, Dumoulin ne peut trouver aucun texte de Droit qui établiſſe en ce cas la ſubrogation: la Loi 1, §. 13, ff. *de tut. & rat. ... diſtr.* qui eſt le principal fondement de ſon opinion ne l'établit point, n'y ayant aucune néceſſité d'entendre ce texte dans le ſens que Dumoulin l'entend d'une action *utilis tutelæ*, à laquelle le tuteur qui a payé, ſoit ſubrogé; ce texte pouvant s'entendre dans un ſens beaucoup plus naturel de l'action *utilis negotiorum geſtorum.* Bien loin donc que ce texte établiſſe que la ſubrogation ſe fait en ce cas de plein droit, au contraire elle ſuppoſe qu'elle ne ſe fait pas: c'eſt ce que ſuppoſe la Loi 76, ff. *de ſolut.* priſe dans ſon ſens naturel; celui que Dumoulin donne à cette Loi ne l'eſt point du tout. La Loi 39, ff. *de fidej.* & la Loi 11, *Cod. d. tit.* ſouffrent encore moins de replique: ces Loix décident que le fidéjuſſeur qui a manqué en payant de ſe faire ſubroger, n'a pas d'action contre ſes cofidéjuſſeurs; ce qui ſuppoſe bien clairement qu'il n'eſt pas ſubrogé de plein droit, ſans requérir la ſubrogation; car s'il l'étoit, il auroit été inutile de conſulter l'Empereur Alexandre, pour ſçavoir s'il avoit une action. En vain, dit-on, pour l'opinion de Dumoulin, que le débiteur ſolidaire ayant le droit de ſe faire ſubroger aux actions du créancier contre ſes codébiteurs, il ne doit pas être préſumé avoir renoncé à ce droit, perſonne n'étant préſumé renoncer à ſes droits. La réponſe eſt, que ce droit conſiſtant dans une ſimple faculté qu'il a de requérir la ſubrogation, dont il peut uſer ou ne pas uſer, il ne ſuffit pas qu'il ne ſoit pas préſumé avoir renoncé à ſon droit, il faut qu'il paroiſſe avoir uſé de cette faculté, ce qui ne paroît pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paie, ayant un autre motif pour payer, que d'acquérir la ſubrogation; ſçavoir, celui d'éviter les contraintes du créancier, & de libérer ſa perſonne & ſes biens, le paiement qu'il fait ſans requérir la ſubrogation n'établit pas qu'il ait voulu autre choſe que ſe libérer, & qu'il ait voulu acquérir la ſubrogation. D'ailleurs, quand on ſuppoſeroit une volonté de l'acquérir, cette volonté gardée au-dedans de lui, ne ſeroit pas ſuffiſante; ſon droit conſiſtant dans la faculté de la requérir, la ſubrogation ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requiſe. Il eſt vrai que la Loi l'accorde au défaut du créancier: mais pour qu'on puiſſe dire que c'eſt au défaut du créancier, il faut que le créancier ait été mis en demeure de l'accorder par la réquiſition qui lui en doit être faite. C'eſt par ces raiſons que les Auteurs modernes ont continué de ſuivre l'opinion commune.

Renuſſon, Traité des Subrogations, *ch.* 7, *n.* 68, *& ch.* 9, *n.* 7, tient cette opinion : elle a été ſuivie auſſi par la Juriſprudence des Arrêts. Il y en a un du 26 Août 1706, rapporté au 5e tome du Journal des Audiences, qui a jugé qu'une caution ayant payé ſans requérir la ſubrogation, n'étoit pas ſubrogée aux actions du créancier, & qu'en conſéquence elle n'avoit aucune action contre la femme du débiteur qui s'étoit obligée envers le créancier, à réintégrer ſon mari en priſon, ou à payer pour lui.

Il y a néanmoins certains cas dans leſquels la ſubrogation a lieu de plein droit : *Voyez notre Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans, ch.* 1, *Sect.* 5.

281. Le débiteur ſolidaire qui en payant, a requis la ſubrogation, eſt pour le ſurplus de ce dont il étoit débiteur pour ſoi-même & ſans recours, ſubrogé aux actions du créancier, non-ſeulement contre ſes codébiteurs, mais contre leurs cautions, s'ils en ont donné au créancier : il eſt ſubrogé à tous les privileges, & à tous les droits d'hypotheques attachés aux actions du créancier, & il peut de même que l'auroit pu le créancier dont il eſt le *procurator in rem ſuam*, les exercer même contre les tiers.

C'eſt une queſtion controverſée entre les Docteurs, lorſqu'il y a pluſieurs codébiteurs, comme par exemple, lorſqu'une obligation a été contractée ſolidairement par quatre particuliers, ſi l'un des quatre qui a payé le total de la créance, avec ſubrogation, peut agir ſolidairement contre chacun de ſes codébiteurs, ſous la déduction ſeulement du quart dont il étoit tenu pour ſoi-même, & pour lequel il n'a pu être ſubrogé, ou s'il ne peut agir contre chacun d'eux que pour leur quart ? La queſtion a été jugée anciennement pour la premiere opinion. Effectivement il ſemble d'abord que le débiteur étant par la ſubrogation le *procurator in rem ſuam* du créancier, il peut exercer les actions du créancier ſolidairement contre chacun des débiteurs, de la même maniere que le créancier le pourroit lui-même : néanmoins les nouveaux Arrêts ont jugé pour la deuxieme opinion. L'auteur du Journal du Palais, *t.* 1, *p.* 615, de l'édition de 1701, en rapporte un du 22 Février 1650, qui a été ſuivi d'un autre du 5 Septembre 1674. La raiſon eſt qu'autrement il ſe feroit un circuit d'actions : car celui de mes codébiteurs, à qui j'aurois fait payer le total de la créance, ma part déduite, auroit droit en payant, d'être pareillement ſubrogé aux actions du créancier, ſous la déduction de la part dont il eſt lui-même tenu ; & en vertu de cette ſubrogation, il auroit droit d'exiger de moi, ſous la déduction de ſa part, ce qu'il m'auroit payé, puiſque je ſuis tenu moi-même de la ſolidité. Je ne pourrois pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne ſuis plus débiteur, ayant payé le créancier : car au moyen de la ſubrogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étois tenu pour moi-même, non pour le ſurplus : au moyen de la ſubrogation, j'ai plutôt acquis la créance du créancier pour le ſurplus, que je ne l'ai acquittée : mais étant rembourſé par mon codébiteur qui auroit auſſi requis la ſubrogation, cette créance pour le ſurplus, & ſous la déduction de la part dont il eſt lui-même tenu, paſſeroit en la perſonne de ce codébiteur : ce ne ſeroit plus moi, mais lui qui ſeroit le *procurator in rem ſuam* du créancier, & qui en cette qualité auroit droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce ſurplus, & de me faire rendre ce qu'il m'a payé.

Lorſqu'ayant payé le total avec ſubrogation, il ſe trouve entre mes codébiteurs quelqu'un qui eſt inſolvable, & de qui je ne puis recouvrer la part pour laquelle il eſt tenu de la dette, cette inſolvabilité doit ſe répartir entre ceux qui ſont ſolvables & moi; l'équité ne permet pas qu'ayant acquitté ſeul la dette commune, je porte ſeul cette inſolvabilité.

§. VI.

Des actions que le Débiteur ſolidaire qui a payé ſans ſubrogation, peut avoir de ſon chef contre ſes Codébiteurs.

282. Quoiqu'un débiteur ſolidaire ait omis en payant de requérir la ſubrogation, il n'eſt pas néanmoins dépourvu de tout recours, & il a de ſon chef contre chacun de ſes codébiteurs, une action pour répéter la part dont chacun deſdits codébiteurs eſt tenu de la dette.

Cette action eſt différente, ſelon les différentes cauſes d'où procede la dette.

Lorſque la dette ſolidaire eſt contractée par pluſieurs perſonnes pour une affaire commune; comme lorſque pluſieurs perſonnes ont fait en commun l'acquiſition d'un héritage, au paiement du prix duquel ils ſe ſont obligés ſolidairement; ou lorſqu'elles ont emprunté une ſomme qu'elles ont employée à des affaires communes, ou qu'elles ont partagée entr'elles, & à la reſtitution de laquelle elles ſe ſont obligées ſolidairement; dans ces cas & autres ſemblables, celui des débiteurs ſolidaires qui a payé le total, a contre chacun de ſes codébiteurs l'action *pro ſocio*.

Il a cette action contre chacun d'eux, pour la part que chacun d'eux a eue à l'affaire commune qui a donné lieu à cette dette, chacun d'entr'eux devant être tenu de la dette pour cette part.

Si quelqu'un d'entr'eux étoit inſolvable, celui qui a payé le total, a, en outre, action contre chacun de ceux qui ſont ſolvables, pour être payé de ce que chacun d'eux doit porter de cette inſolvabilité; & chacun d'eux en doit porter au *prorata* de la part qu'il a eue dans la ſociété: car l'inſolvabilité d'un aſſocié eſt une perte pour la ſociété, qui doit tomber par conſéquent ſur chacun des aſſociés, pour la part qu'il a dans la ſociété.

Ceci s'éclaircira par un exemple; *ſinge*, ſix perſonnes, Pierre, Paul, Jacques, André, Jean & Thomas, acquierent une partie de marchandiſes enſemble, pour la ſomme de 1000 liv. au paiement duquel prix ils s'obligent ſolidairement envers le vendeur: par le partage qu'ils en font entr'eux, Pierre prend la moitié pour ſon compte, en ſe chargeant de la moitié du prix; les cinq autres partagent l'autre moitié par égales portions; Thomas paie au créancier tout le prix ſans ſubrogation; André eſt inſolvable: Thomas, qui a payé la dette en entier, a recours contre ſes codébiteurs ſolvables, 1°. pour la part dont chacun d'eux étoit tenu dans la dette; ſçavoir, contre Pierre pour 500 liv., & contre Paul, Jacques & Jean pour chacun 100 liv.; & de plus il aura recours contre chacun deſdits quatre codébiteurs ſolvables, pour la portion que chacun d'eux doit porter dans celle de l'inſolvable, ſuivant la répartition qui en devoit être faite entr'eux, au *prorata* de ce dont chacun étoit tenu de

la dette. Ainſi la portion dont Pierre eſt tenu de la dette, étant quintuple de celle dont chacun des autres débiteurs en eſt tenu, il doit porter dans les 100 liv., portion de l'inſolvable, une part qui ſoit le quintuple de celle que chacun des autres débiteurs ſolvables en doit porter ; & pour cet effet, il faut diviſer cette ſomme de 100 liv. en neuf parts, ou neuviemes, ce qui fait pour chaque neuvieme 11 liv. 2 deniers & deux neuviemes de denier. Pierre en doit porter cinq neuviemes qui montent à 55 liv. un ſol. Thomas, qui a acquitté la dette, aura donc encore recours contre Pierre pour 55 liv. 1 ſ. ; & contre chacun des trois autres, Paul, Jacques & Jean, pour 11 liv. 2 den., & il fera confuſion ſur lui du reſtant.

Lorſque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée par pluſieurs qui ſont obligés ſolidairement, ne concerne que l'un d'entr'eux, quoiqu'ils ſoient tous vis-à-vis du créancier débiteurs principaux, néanmoins entr'eux, celui que l'affaire concerne eſt le ſeul débiteur principal, & les autres ſont comme ſes cautions. Par exemple, ſi Pierre, Jacques & Jean empruntent une ſomme d'argent, qu'ils s'obligent ſolidairement de rendre, & que Pierre ait retenu la ſomme d'argent, Pierre eſt vis-à-vis de ſes codébiteurs le ſeul débiteur principal : ſi c'eſt lui qui a acquitté la dette, il n'a aucun recours contre ſes codébiteurs qui ne ſe ſont rendus débiteurs avec lui que pour lui faire plaiſir. Au contraire, ſi c'eſt Jacques ou Jean qui a acquitté la dette, il aura l'action *mandati* contre Pierre, pour la répéter en entier de lui ; de même qu'une caution a l'action *mandati* contre le débiteur principal lorſqu'elle a acquitté la dette.

Mais en cas d'inſolvabilité de Pierre, Jacques qui a payé le total aura-t-il action contre Jean, pour en répéter de lui la moitié ? Cela dépend de la déciſion de la queſtion, ſi le fidéjuſſeur a action contre ſes cofidéjuſſeurs. Voyez cette queſtion *infrà*, *ch.* 6, *ſect.* 7, *art.* 4.

Lorſque la dette ſolidaire a pour cauſe une donation, *putà*, lorſque deux ou trois perſonnes ont par contrat de mariage, donné une certaine ſomme à quelqu'un qu'elles ſe ſont obligées ſolidairement de lui payer, & que l'une d'elles a payé le total, il ne peut pas en ce cas y avoir lieu à l'action *pro ſocio* contre les codébiteurs : car on peut bien contracter ſociété, en achetant enſemble, en vendant enſemble, mais non pas en donnant enſemble, la ſociété étant par ſa nature un contrat qui ſe fait *lucri in commune quærendi causâ*. L'action qu'a en ce cas contre ſes codébiteurs celui qui a payé le total, eſt l'action *mandati* ; car dans cette eſpece, chacun des donateurs n'eſt donateur & débiteur pour ſoi-même que de ſa part ; & il l'eſt du ſurplus pour ſes codonateurs, comme leur caution & leur mandataire, & il a par conſéquent contre eux pour ce ſurplus l'action *mandati*, telle que l'a une caution.

Lorſque la dette ſolidaire procede d'un délit, *putà*, lorſque pluſieurs ont été condamnés ſolidairement envers quelqu'un au paiement d'une certaine ſomme, pour la réparation civile d'un délit qu'ils ont commis enſemble, celui qui a payé le total ne peut avoir contre ſes codébiteurs, ni l'action *pro ſocio*, ni l'action *mandati : Nec enim ulla ſocietas maleficiorum*, L. 1, §. 14, ff. *tut. & rat. nec ſocietas*, *aut mandatum flagitioſæ rei ullas vires habet*, l. 35, §. 2, *contr. empt. rei turpis nullum mandatum eſt* ; l. 6, §. 3, ff. *mand.* Selon les principes ſcrupuleux des Juriſconſultes Romains, le débiteur qui a payé le total, n'a en ce cas aucun recours contre ſes codébiteurs.

Notre pratique Françoiſe, plus indulgente, accorde en ce cas une action à celui qui a payé le total, contre chacun de ſes codébiteurs, pour répéter de lui ſa part : *Voyez Papon, l.* 24, *t.* 12, *n.* 4. Cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis enſemble, *nemo enim ex delicto conſequi poteſt actionem* ; elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui étoit commune avec ſes codébiteurs, & de l'équité qui ne permet pas que ſes codébiteurs profitent à ſes dépens de la libération d'une dette dont ils étoient tenus comme lui. C'eſt une eſpece d'action *utilis negotiorum geſtorum*, fondée ſur les mêmes raiſons d'équité ſur leſquelles eſt fondée l'action que nous donnons dans notre Juriſprudence au fidéjuſſeur qui a payé contre ſes cofidéjuſſeurs. Voyez ce qui en eſt dit *infrà*, *ch.* 6, *ſect.* 7, *art.* 4.

CHAPITRE IV.

De quelques eſpeces particulieres d'obligations conſidérées par rapport aux choſes qui en ſont l'objet.

ENTRE les diviſions des obligations par rapport aux choſes qui en ſont l'objet, que nous avons rapportées *ſuprà*, *ch.* 1, §. 3, nous avons dit qu'il y avoit des obligations d'une choſe certaine comme d'un tel cheval, & des obligations d'une choſe incertaine & indéterminée d'un certain genre ; *putà*, celle d'un cheval indéterminément.

Nous avons dit auſſi, qu'il y avoit des obligations diviſibles, & d'autres indiviſibles. Nous traiterons ici dans une premiere ſection, de l'eſpece particuliere d'obligations d'une choſe indéterminée d'un certain genre : Dans une ſeconde ſection, des obligations diviſibles & indiviſibles.

SECTION PREMIERE.

De l'obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre.

283. Ce qui eſt abſolument indéterminé ne peut être l'objet d'une obligation, *ſuprà*, *n.* 131. Par exemple, ſi je vous ai promis de vous donner *quelque choſe* ſans dire quoi, il ne réſulte de cette promeſſe aucune obligation ; mais on peut contracter l'obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre de choſes, comme lorſqu'on s'oblige envers quelqu'un de donner un cheval, un lit garni, une paire de piſtolets, ſans déterminer quel cheval, quel lit, quels piſtolets. L'individu qui fait l'objet de ces obligations eſt indéterminé ; mais le genre dans lequel cet individu eſt à prendre, eſt certain & déterminé ; ces obligations ſont indéterminées *quoad individuum*, quoiqu'elles aient *quoad genus* un objet déterminé.

Ces obligations ſont plus ou moins indéterminées, ſuivant que le genre dans lequel la choſe eſt à prendre, eſt plus ou moins général. Par exemple, ſi quelqu'un s'eſt obligé de me donner un cheval de ſes haras, l'obligation étant reſ-

treinte à ſes haras, eſt moins indéterminée que s'il s'étoit ſimplement obligé à me donner un cheval.

Dans ces obligations, chacune des choſes compriſes ſous le genre dans lequel la choſe due eſt à prendre, eſt *in facultate ſolutionis*, pourvu qu'elle ſoit bonne, loyale & marchande, *ſed non in obligatione :* car il n'y a, à la vérité, aucun individu que le débiteur ne puiſſe payer; mais il n'y en a aucun proprement, qui puiſſe lui être demandé.

Il y a bien une des choſes de ce genre qui eſt due; car l'obligation doit avoir un objet; mais cette choſe n'eſt aucun des individus *in concreto* ; c'eſt une choſe de ce genre conſidérée *in abſtracto*, par une idée tranſcendante qui fait abſtraction des individus qui compoſent le genre ; c'eſt une choſe incertaine, indéterminée, qui ne ſe déterminera que par le paiement valable qui ſera fait de l'un des individus.

Il eſt vrai que cette choſe ainſi conſidérée, juſqu'à ce qu'elle ſoit déterminée par le paiement, eſt une choſe qui ne ſubſiſte que dans l'entendement : mais nous avons vu *ſuprà* que des êtres intellectuels pouvoient être l'objet des obligations, les obligations étant elles-mêmes des êtres intellectuels.

Cette idée que nous donnons après Dumoulin, *Tr. de div. & indiv. pag.* 2, *quæſt.* 5, de l'objet de l'obligation d'une choſe d'un genre certain, paroît plus naturelle & plus véritable que celle de ceux qui penſent que ces obligations ont pour objet tous les individus renfermés ſous le genre, de maniere que chacun de tous ces individus eſt dû, *non quidem determinatè*, mais ſous une eſpece d'alternative, ſous cette eſpece de condition; *ſi alia res ejus generis non ſalvatur.*

Il ſuit de ces principes, 1°. que lorſqu'une choſe d'un certain genre eſt due indeterminément, le créancier n'eſt pas fondé à demander déterminément aucune des choſes compriſes ſous ce genre; mais il doit demander en général & indéterminément une de ces choſes.

Il ſuit, 2°. que la perte des choſes de ce genre qui ſurvient depuis l'obligation, ne tombe pas ſur le créancier : car les choſes qui périſſent ne ſont pas celles qui lui étoient dues, & il ſuffit qu'il en reſte quelqu'une pour que l'obligation ſubſiſte.

Obſervez néanmoins que ſi le débiteur, pour s'acquitter de ſon obligation, avoit offert au créancier une des choſes de ce genre, bonne, loyale & marchande, & avoit, par une ſommation judiciaire, mis le créancier en demeure de la recevoir, la perte qui arriveroit depuis ſur cette choſe, devroit tomber ſur le créancier, le débiteur ne devant pas ſouffrir de la demeure en laquelle le créancier a été, la dette d'indéterminée qu'elle étoit, ayant été par les offres déterminée à la choſe offerte ; *l.* 84, §. 3, ff. *de leg.* 1°.

284. Sur les choſes que le débiteur d'une choſe d'un certain genre peut valablement offrir pour s'acquitter de ſon obligation, obſervez qu'il faut qu'elles ſoient bonnes & loyales ; *l.* 33, *in fine*, ff. *de ſolut.* c'eſt-à-dire, qu'elles n'aient aucun défaut notable. Par exemple, celui qui eſt débiteur d'un cheval indéterminément, n'eſt pas recevable à offrir un cheval borgne, boiteux, galleux, pouſſif, *&c.* ni un cheval d'une vieilleſſe extrême. Au reſte, pourvu que la choſe n'ait aucun défaut notable, & qu'il en puiſſe transférer la propriété irrévocable au créancier, il peut donner telle choſe qu'il voudra ; *l.* 72, §. 5, ff. *de ſolut.*

285. Pourra-t-il donner une choſe qui n'auroit pas pu être valablement promiſe au créancier envers qui l'obligation a été contractée? Par exemple, ſi je me ſuis obligé à vous donner un cheval indéterminément, puis-je m'acquitter de mon obligation en vous donnant un cheval qui vous appartenoit lors du contrat, & qui ayant été depuis par vous vendu, me ſeroit parvenu. Dumoulin décide pour l'affirmative; & en cela cette obligation differe de celle par laquelle je vous aurois promis ce cheval, ſous l'alternative d'une autre choſe: car dans ce dernier cas, mon obligation n'ayant pu ſubſiſter par rapport à une choſe qui vous appartenoit, il n'y avoit que l'autre qui fût due; & elle eſt par conſéquent la ſeule que je puiſſe payer. Mais dans l'obligation d'un cheval indéterminément, aucun individu n'etant dû, & les chevaux n'étant tous qu'*in facultate ſolutionis*, plutôt qu'*in obligatione*, il ſuffit qu'au temps du paiement le cheval que je vous donne pour m'acquitter de mon obligation, ne vous appartienne plus, & qu'il m'appartienne, pour qu'il puiſſe vous être valablement payé. C'eſt ce que décide nettement Marcellus en la Loi 72, §. 4, ff. *de ſolut. Ei qui hominem dari ſtipulatus eſt, unum etiam ex his qui tunc ſtipulatori ſervierunt dando, promiſſor liberatur.*

Il faut néanmoins convenir que la Loi 66, §. 3, ff. *de leg.* 2°. qui eſt de Papinien, décide le contraire; *Quum duobus teſtamentis homo generatim legatur, qui ſolvente altero legatarii factus eſt, quamvis poſteà ſit alienatus, ab altero herede idem ſolvi non poterit, eademque ratio ſtipulationis eſt; hominis enim legatum, orationis compendio ſingulos homines continet; utque ab initio non conſiſtit in his qui legatarii fuerunt, ita fruſtrà ſolvitur cujus dominium poſteà legatarius adeptus eſt, tametſi dominus eſſe deſierit.*

Dumoulin, *tract. de div. & indiv. p.* 2, *n.* 102, ſuivant l'uſage dans lequel il eſt d'aſſervir les loix à ſes déciſions, donne la torture à cette loi. Il dit que la déciſion de cette loi doit être reſtreinte dans ſon eſpece particuliere de deux legs faits d'une choſe d'un certain genre par deux teſtateurs à la même perſonne, ou de deux promeſſes gratuites d'une choſe d'un certain genre, revêtues de la forme de la ſtipulation, faites par deux donateurs à une même perſonne: que c'eſt par une raiſon particuliere que dans cette eſpece la même choſe qui a été payée au légataire ou au donataire, en exécution du premier legs, ou de la premiere donation, ne peut plus être payée en exécution de l'autre legs ou donation, *ne ſcilicet videretur offendi juris regula, non poſſunt duæ cauſæ lucrativæ in eâdem re & in eâdem perſonâ concurrere*: mais qu'on ne doit pas faire de cette loi une déciſion générale; que dans toutes les obligations d'une choſe d'un certain genre, celles de ce genre qui, lorſqu'elle a été contractée, appartenoient à celui envers qui elle a été contractée, ou qui lui ont appartenu depuis, doivent être cenſées exceptées de cette obligation, & ne pouvoir en conſéquence lui être payées, quoiqu'elles ne lui appartiennent plus. Enfin, il dit que dans cette loi ces termes, *hominis legatum orationis compendio ſingulos homines continet*, ne ſignifient pas que tous les eſclaves du monde ſont chacun *in obligatione legati*, ſous cette condition *ſi alius non ſalvatur*; mais qu'ils ſignifient ſeulement que tous les eſclaves du monde ſont *in facultate ſolutionis*, & que le legs peut être acquitté & exécuté *in ſingulis hominibus*. Cette interprétation me paroit contraire au ſens naturel du texte: j'aime mieux en reconnoiſſant

une vraie antinomie entre cette loi & la loi 72, comme l'ont reconnu Ant. Faber & Bachovius, abandonner la déciſion de Papinien, comme fondée ſur le faux principe que l'obligation d'une choſe d'un certain genre renferme *alternatè & orationis compendio*, celle de tous les individus qui en ſont ſuſceptibles, & m'en tenir à la déciſion de Marcellus, en la loi 72, §. 4 ci-deſſus citée, par les raiſons ci-deſſus rapportées. Cujas, ſur ces loix, a pris un parti diamétralement oppoſé à celui de Dumoulin : car pour le concilier, & pour faire dire à Marcellus dans la loi 72 *de ſolut.* la même choſe que dit Papinien en la loi 66, ff. *de leg.* 1° il fait un changement dans le texte de cette loi 66 ; mais la fin du §. démontre la fauſſeté de cette innovation dans le texte, qui d'ailleurs eſt faite ſans fondement.

285. Lorſque le débiteur d'une choſe d'un certain genre, a payé une certaine choſe qu'il croyoit par erreur être due déterminément, il en a la répétition, en offrant d'en donner une autre : car n'ayant pas donné cette choſe en paiement de ſon obligation d'une choſe d'un certain genre, mais comme ſe perſuadant fauſſement qu'il devoit cette choſe déterminément, il a payé ce qu'il ne devoit pas, & par conſéquent *locus eſt condictioni indebiti ;* L. 32, §. 3, ff. *de cond. indeb.*

Sur l'indiviſibilité de paiement des obligations d'un certain genre, *Voyez* infrà, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 6, §. 3.

286. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent a lieu, ſoit que l'obligation ſoit *generis generaliſſimi*, comme lorſque quelqu'un s'eſt obligé de donner un cheval en général ; ſoit que l'obligation ſoit *generis ſubalterni*, *aut generis limitati*, comme lorſque quelqu'un s'eſt obligé de donner un de ſes chevaux, pourvu que la convention ne contienne aucune clauſe qui ôte le choix au débiteur.

Mais lorſque par une clauſe particuliere de la convention, le choix eſt accordé au créancier ; comme lorſque quelqu'un s'eſt obligé envers moi de me donner un des chiens de ſa meute à mon choix, en ce cas, quoique cette convention renferme principalement l'obligation pure & ſimple d'un chien indéterminé, néanmoins on peut dire auſſi qu'en vertu de la clauſe qui m'accorde le choix, chacun des chiens de la meute du débiteur m'eſt dû, ſous une eſpece de condition au cas que je le choiſiſſe ; puiſqu'en vertu de cette clauſe, il n'y en a aucune que je n'aie droit d'exiger. C'eſt pourquoi le débiteur eſt en ce cas obligé de me les conſerver tous juſqu'à ce que j'aie fait mon choix ; il ne peut juſqu'à ce temps, ſans contrevenir à ſon obligation, diſpoſer d'aucuns ; *Arg.* L. 3, ff. *qui & à quib. man. Si indiſtinctè homo ſit legatus, non poteſt heres quoſdam manumittendo evertere jus electionis ; nam quodam modo ſinguli ſub conditione legati videntur.*

On ne peut pas dire de même, lorſque le débiteur a le choix, que chaque individu eſt compris dans l'obligation, au cas que le débiteur choiſiſſe de le donner plutôt que les autres : car ce n'eſt pas dans la faculté de payer une choſe plutôt que d'autres, mais dans le droit de l'exiger, que conſiſte l'obligation. C'eſt la différence qu'établit Dumoulin, *Tr. de div. & indiv. p.* 2 *n.* 112, 113, 114, entre le cas auquel le choix eſt donné au créancier, & le cas auquel il eſt donné au débiteur.

SECTION

SECTION II.

Des Obligations dividuelles, & des Obligations individuelles.

ARTICLE PREMIER.

Quelles obligations ſont dividuelles, & quelles obligations ſont individuelles.

§. I.

Qu'eſt-ce qu'une obligation dividuelle, & une obligation individuelle.

287. Une obligation dividuelle eſt celle qui peut ſe diviſer. Une obligation individuelle eſt celle qui ne peut ſe diviſer. Une obligation n'en eſt pas moins dividuelle, quoiqu'elle ſoit actuellement indiviſée: car il ſuffit, pour qu'elle ſoit dividuelle, qu'elle *puiſſe* ſe diviſer; Molin. *Tr. de div. & ind. p.* 3, *n.* 7 *& ſeq.*

Par exemple, lorſque j'ai contracté ſeul envers vous l'obligation de vous payer une ſomme de mille écus, cette obligation eſt indiviſée; mais elle eſt dividuelle, parce qu'elle peut ſe diviſer, & qu'elle ſe diviſera en effet entre mes héritiers, ſi j'en laiſſe pluſieurs, & que je meure avant que de l'avoir acquittée.

Pareillement l'obligation ſolidaire que contractent pluſieurs perſonnes de payer à quelqu'un une ſomme de dix écus, n'en eſt pas moins une obligation dividuelle. L'effet de la ſolidité eſt qu'elle ne ſoit pas actuellement diviſée entre les débiteurs ſolidaires: mais leur obligation n'en eſt pas moins une obligation dividuelle, parce qu'elle peut ſe diviſer, & qu'elle ſe diviſera en effet entre leurs héritiers.

288. Il faut voir à préſent quelles ſont les obligations qui peuvent ſe diviſer, & qui ſont celles qui ne le peuvent pas.

Une obligation peut ſe diviſer & eſt dividuelle, lorſque la choſe due qui en fait & la matiere & l'objet, eſt ſuſceptible de diviſion & de parties pour leſquelles elle puiſſe être payée; & au contraire l'obligation eſt individuelle, & ne peut ſe diviſer, lorſque la choſe due n'eſt pas ſuſceptible de diviſion & de parties, & ne peut être payée que pour le total.

La diviſion dont il eſt ici queſtion, n'eſt pas la diviſion phyſique qui conſiſte *in ſolutione continuitatis*, telle que celle d'une planche qu'on ſcie en deux; mais une diviſion *civile* & propre au commerce des choſes.

Il y a deux eſpeces de diviſions civiles, l'une qui ſe fait en parties réelles & diviſées, l'autre qui ſe fait en parties intellectuelles & indiviſées. Lorſqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, c'eſt une diviſion de la premiere eſpece: les parties de cet arpent qui ſont ſéparées l'une de l'autre par la borne, ſont des parties réelles & diviſées.

Lorſqu'un homme qui étoit propriétaire de cet arpent de terre, ou de

quelqu'autre choſe, meurt & laiſſe deux héritiers qui en demeurent propriétaires chacun pour une moitié indiviſée, c'eſt une diviſion de la ſeconde eſpece. Les parties qui réſultent de cette diviſion, & qui appartiennent à chacun des héritiers, ſont des parties indiviſes qui ne ſont point réelles, & qui ne ſubſiſtent qu'*in jure & intellectu*.

Les choſes qui ne ſont pas ſuſceptibles de la premiere eſpece de diviſion, ne laiſſent pas de l'être de la ſeconde. Par exemple, un cheval, un plat d'argent, ne ſont pas ſuſceptibles de la premiere eſpece de diviſion : car ces choſes ne ſont pas ſuſceptibles ſans la deſtruction de leur ſubſtance, de parties réelles & diviſées; mais elles ſont ſuſceptibles de la ſeconde eſpece de diviſion, parce que ces choſes peuvent appartenir à pluſieurs perſonnes pour une partie indiviſée.

Il ſuffit qu'une choſe ſoit ſuſceptible de cette ſeconde diviſion, quoiqu'elle ne le ſoit pas de la premiere, pour que l'obligation de donner cette choſe, ſoit une obligation diviſible. C'eſt ce qui réſulte de la Loi 9, §. 1, ff. *de ſolut.* où il eſt dit, *qui Stichum debet, parte Stichi datâ, in reliquam partem tenetur.* Suivant ce texte, l'obligation de donner l'eſclave *Stichus* eſt une obligation diviſible, puiſqu'elle peut, au moins du conſentement du créancier, s'acquitter pour partie, quoique cet eſclave ne ſoit pas ſuſceptible de la premiere diviſion; Molin. *ibid. p.* 1, *n.* 5, *p.* 2, *n.* 200 & 201.

Les choſes indiviſibles, ſont celles qui ne ſont ſuſceptibles ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles : tels ſont la plupart des droits de ſervitudes prédiales, *quæ pro parte acquiri non poſſunt.*

L'obligation de donner une choſe de cette nature, eſt une obligation indiviſible; Molin. *p.* 2, *n.* 201.

289. La même regle que nous venons d'expoſer pour juger ſi les obligations *in dando* ſont diviſibles ou indiviſibles, doit auſſi ſervir à l'égard des obligations *in faciendo vel in non faciendo.* Pluſieurs Docteurs avoient penſé que ces obligations étoient indiviſibles indiſtinctement : mais Dumoulin, *ibid. p.* 2, *n.* 203 & *ſeq.* a démontré qu'elles n'étoient pas moins diviſibles que les obligations *in dando*, à moins que le fait qui en eſt l'objet ne fût de nature à ne pouvoir s'acquitter par partie, comme lorſque je me ſuis obligé à bâtir une maiſon, *&c.* Mais ſi le fait qui eſt l'objet de l'obligation peut être acquitté par partie, comme ſi je me ſuis obligé à vous faire poſſéder une choſe qui peut être poſſédée par parties, l'obligation ſera diviſible : c'eſt la cinquieme des clefs de Dumoulin, *omnis obligatio etiam facti dividua eſt, niſi quatenùs de contrario apparet;* Molin. *ibid.* & *p.* 3, *n.* 112.

Pareillement l'obligation *in non faciendo* ſera diviſible, lorſque ce que je me ſuis obligé de ne pas faire, peut ſe faire pour une partie, & ne pas ſe faire pour l'autre partie : telle eſt l'obligation *ampliùs non agi ad aliquid dividuum*, comme lorſque je me ſuis engagé envers vous à ne point inquiéter le poſſeſſeur d'un héritage à qui vous devez garantie : c'eſt une obligation *in non faciendo*, qui eſt diviſible; car on y peut ſatisfaire pour partie. Je puis y contrevenir pour partie en revendiquant une partie ſeulement de cet héritage, & y ſatisfaire en partie, en m'abſtenant de revendiquer l'autre partie.

290. Obſervez que c'eſt la choſe même, ou le fait même qui fait l'objet de

l'obligation qu'on doit conſidérer, pour décider ſi l'obligation eſt diviſible ou indiviſible, & non pas l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à ſon profit, ni le détriment, *onus & diminutio patrimonii*, qui en réſulte pour le débiteur; autrement il n'y auroit aucune obligation qui ne fût diviſible. C'eſt pourquoi, par exemple, ſi les deux propriétaires d'une maiſon ſe ſont obligés envers les deux propriétaires de la maiſon voiſine, d'impoſer ſur leur maiſon une ſervitude utile à la maiſon voiſine, cette obligation eſt individuelle; parce que le droit de ſervitude qui en fait l'objet, eſt quelque choſe d'indiviſible, quoique l'utilité qui en réſulte pour chacun de ceux envers qui elle eſt contractée, & le détriment qu'en ſouffrent ceux qui l'ont contractée, s'évalue à une ſomme qui eſt diviſible. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, *ibid. p.* 2, *n.* 119: *cùm hic affectus*, dit-il, *ſit quid remotum & ſeparatum à ſubſtantiâ obligationis & rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua penès effectum, ſed ſecundùm ſe & ſecundùm naturam rei immediatè in eam deductæ.*

§. II.

Des différentes eſpeces d'indiviſibilité.

291. Dumoulin, *ibid. p.* 3, *n.* 57 *& ſeq.*; *& n.* 75, diſtingue fort bien trois eſpeces d'indiviſibilité; celle qui eſt abſolue & qu'il appelle *individuum contractu*, celle qu'il appelle indiviſibilité d'obligation *individuum obligatione*, & celle qu'il appelle indiviſibilité de paiement *individuum ſolutione.*

L'indiviſibilité abſolue que Dumoulin appelle *individuum contractu*, eſt lorſqu'une choſe eſt par ſa nature non ſuſceptible de parties, tellement qu'elle ne pourroit pas être ſtipulée ou promiſe pour partie: tels ſont les droits de ſervitudes réelles, comme par exemple un droit de paſſage. Il eſt impoſſible de concevoir des parties dans un droit de paſſage; & par conſéquent on ne pourroit pas ſtipuler ni promettre ces ſortes de choſes pour partie.

292. La ſeconde indiviſibilité eſt celle que Dumoulin appelle *individuum obligatione.* Tout ce qui eſt *individuum contractu* l'eſt *obligatione*: mais il y a certaines choſes qui, quoiqu'elles euſſent pu abſolument être ſtipulées ou promiſes pour partie, & par conſéquent quoiqu'elles ne ſoient pas *individuæ contractu*, néanmoins dans la maniere dont elles ont été conſidérées par les parties contractantes, ſont quelque choſe d'indiviſible, & qui ne peut par conſéquent être dû par parties.

On peut apporter pour exemple de cette indiviſibilité, l'obligation de la conſtruction d'une maiſon, ou d'un bateau: cette obligation n'eſt point indiviſible *contractu*; car il n'eſt pas impoſſible qu'elle ſe contracte par partie. Je puis convenir avec un Maçon qu'il me conſtruira pour partie la maiſon que j'ai deſſein de faire conſtruire; *putà*, qu'il en élevera les murs juſqu'au premier plancher: mais quoique la conſtruction d'une maiſon ne ſoit pas indiviſible *contractu*, elle eſt ordinairement indiviſible *obligatione.* Car lorſque quelqu'un fait marché avec un Architecte de lui conſtruire une maiſon, la conſtruction de la maiſon, qui fait l'objet de l'obligation, eſt de la maniere qu'elle eſt conſidérée par les parties contractantes, quelque choſe d'indiviſible, *& quod nul-*

lam recipit partium præſtationem. Il eſt vrai que cette conſtruction ne peut ſe faire que par parties & ſucceſſivement : mais ce n'eſt pas le fait paſſager de la conſtruction qui fait l'objet de l'obligation, c'eſt l'ouvrage même conſommé, c'eſt *domus conſtruenda.* Ne pouvant donc y avoir de maiſon qu'elle n'ait été entiérement conſtruite, la forme & qualité de maiſon ne pouvant réſulter que de la conſommation de l'ouvrage, & ne pouvant pas y avoir de parties de ce qui n'exiſte pas encore, il s'enſuit que l'obligation de conſtruire une maiſon, ne peut s'accomplir que par la conſtruction entiere de la maiſon, & conſéquemment que cette obligation n'eſt pas ſuſceptible de parties, & ne peut s'accomplir par parties : c'eſt ce que veut dire le Juriſconſulte en la Loi 80, §. 1, ff. *ad leg. falcid.* en laquelle pour prouver que l'obligation de conſtruire un ouvrage, comme un théatre, des bains, eſt individuelle, il rapporte cette raiſon, *neque enim nullum balneum, aut theatrum, aut ſtadium feciſſe intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex conſummatione contingit, non dederit.*

Par la même raiſon il eſt dit en la Loi 85, §. 2, ff. *de verb. oblig.* que l'obligation de la conſtruction d'un ouvrage eſt individuelle ; *ſinguli heredes in ſolidum tenentur, quia operis effectus in partes ſcindi non poteſt. Opus*, dit Dumoulin, *fit pro parte realiter & naturaliter ; ſed ſi illud* OPUS FIERI *referas ad effectum & præſtationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia parte fabricæ factâ, non eſt debitor liberatus in ea parte ; ſimplex enim fabricatio & operatio tranſiens non debetur, ſed opus effectum cujus pars non eſt, fabricæ pars, cùm nullæ ſint partes domûs quæ nondum eſt, nec ſum ſtipulatus fabricam, ſed fieri domum, id eſt tale opus ſub tali formâ conſummatum, quod ante perfectionem non ſubſiſtit, nec ullas actu partes habet* ; Molin. *tract. de divid. & individ. p.* 3, *n.* 76. On peut encore ici rapporter la Loi 5, ff. *de verb. ſignif.* qui dit que, *opere locato conducto ſignificari non* ἔργον, *id eſt operationem, ſed* ἀποτέλεσμα, *id eſt ex opere facto corpus aliquod factum.*

Certaines circonſtances avec leſquelles eſt contractée l'obligation d'une choſe, peuvent auſſi en rendre l'obligation indiviſible, quoique la choſe en ſoi, & détachée de ces circonſtances, ſoit très-diviſible. Telle eſt l'obligation que je contracterois envers quelqu'un, de lui fournir une place de terre pour y conſtruire un preſſoir, qu'il y entend placer : car quoique la place de terre que j'ai promiſe ſoit quelque choſe en ſoi de viſible, néanmoins étant due, non comme une place de terre *ſimpliciter*, mais comme une place de terre deſtinée à placer un preſſoir, elle devient ſous cette vue quelque choſe d'indiviſible, parce qu'on n'en peut rien retrancher ſans qu'elle ceſſe d'être une place propre à placer un preſſoir, & ſans qu'elle ceſſe par conſéquent d'être la choſe qui fait l'objet de l'obligation ; *Molin. p.* 2, *n.* 314.

293. En bref, l'obligation indiviſible *naturâ & contractu*, eſt l'obligation d'une choſe qui en elle-même, par ſa nature, & ſous quelque eſpece qu'on la conſidere, n'eſt pas ſuſceptible de parties : l'obligation indiviſible *obligatione*, eſt l'obligation d'une choſe, qui conſidérée ſous le reſpect ſous lequel elle fait l'objet de l'obligation, n'eſt pas ſuſceptible de parties.

Il eſt évident que ces obligations qui ſont indiviſibles, ſoit *contractu*, ſoit *obligatione*, le ſont auſſi *ſolutione* ; car on ne peut payer par parties ce qui n'eſt pas ſuſceptible de parties.

294. Il y a une troiſieme eſpece d'indiviſibilité qu'on appelle *individuum ſolutione tantùm.*

C'eſt celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, & non l'obligation même, lorſque la choſe due eſt par elle-même diviſible & ſuſceptible de parties, & peut être due pour parties, ſoit aux différens héritiers du créancier, ſoit par les différens héritiers du débiteur, mais ne peut être payée par parties.

Nous rapporterons pluſieurs exemples de cette eſpece d'indiviſibilité en l'article ſuivant, où nous traiterons de la nature & des effets des obligations diviſibles, à la claſſe deſquelles appartiennent proprement les obligations dans leſquelles ſe rencontre cette eſpece d'indiviſibilité, puiſqu'elle ne concerne pas l'obligation même, quoique néanmoins la Loi 2, §. 1, ff. *de verb. oblig.* en faſſe une troiſieme eſpece mitoyenne entre les obligations dividuelles, & les individuelles.

§. III.

Pluſieurs eſpeces particulieres d'obligations à l'égard deſquelles on demande ſi elles ſont diviſibles ou indiviſibles.

De l'obligation de livrer une piece de terre.

295. L'obligation de livrer une piece de terre *fundum tradi*, eſt une obligation diviſible; car cette tradition peut ſe faire par parties; on peut livrer une partie de cette piece de terre: le fait qui fait l'objet de cette obligation étant donc un fait diviſible, on ne peut douter ſelon les principes que nous avons établis, que cette obligation ne ſoit diviſible. Notre déciſion ſe trouve confirmée par les textes de Droit: car quoique l'obligation d'un *commodataire* ſoit l'obligation de remettre une choſe, *obligatio rem tradi*, néanmoins la Loi 3, §. 3, ff. *commod.* décide que les héritiers en ſont réguliérement tenus pour la part ſeulement dont ils ſont héritiers, ce qui eſt le caractere des obligations diviſibles: *heredes ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres eſt, conveniuntur.* Il eſt vrai que cette obligation du *commodataire*, quoique diviſible, *quoad obligationem* eſt indiviſible au moins *quoad ſolutionem*; mais on peut facilement donner des exemples d'obligations *tradi rem*, *fundum tradi*, qui ſoient diviſibles même *quoad ſolutionem*: tel eſt celui que donne Dumoulin, *p.* 2, *n.* 305: je tranſige avec ma partie adverſe ſur la demande en revendication d'un certain héritage, qu'elle a donnée contre moi, & je m'oblige par cette tranſaction envers elle à le lui délaiſſer ſans aucune garantie de ma part; cette obligation qui eſt une obligation *fundum tradi*, eſt diviſible même *quoad ſolutionem*; & ſi je meurs avant que d'avoir fait le délais, laiſſant quatre héritiers, chacun de mes héritiers s'acquitte de cette obligation, en abandonnant l'héritage pour la part à laquelle il a ſuccédé.

La Loi 72, ff. *de verborum oblig.* paroît néanmoins diamétralement contraire à notre déciſion: car l'obligation *fundum tradi* y eſt en termes formels rapportée comme un exemple d'obligation indiviſible, avec les obligations *foſſam fodiri*, *inſulam fabricari*, *vel ſi quid ſimile* qui ſont indiviſibles, *tam obligatione quàm*

ſolutione. Dumoulin, *p.* 2, *n.* 278, *ad n.* 359, après avoir rapporté dix-ſept opinions différentes de Docteurs, pour la conciliation de cette Loi, rapporte la ſienne à laquelle il faut ſe tenir. Il penſe avec raiſon que cet exemple d'obligation *fundum tradi*, ne doit pas s'entendre indiſtinctement de toute obligation par laquelle on s'oblige à livrer une piece de terre, mais ſeulement de l'obligation par laquelle on s'oblige de livrer une piece de terre, avec des circonſtances qui en rendent l'obligation indiviſible; comme, par exemple, ſi voulant bâtir ma maiſon & n'ayant point de chantier pour y placer les matériaux néceſſaires que je veux faire venir pour cela, je conviens avec mon voiſin qu'il me donnera l'uſage d'une piece de terre qu'il a près de ma maiſon pour me ſervir de chantier : cette obligation eſt une obligation *fundum tradi, non ſimpliciter, ſed ad certum uſum finemque principaliter conſideratum in contrahendo*, & cette fin rend indiviſible cette obligation *fundum tradi;* car une obligation eſt indiviſible lorſque ce qui en fait l'objet n'eſt pas ſuſceptible de preſtation particuliere, *cùm id jus quod in obligationem deductum eſt, non niſi in ſolidum præſtari poteſt*, ce qui ſe rencontre dans l'eſpece propoſée; car cette piece de terre devant m'être fournie pour me ſervir de chantier, elle ne me peut être fournie pour cette fin que pour le total, puiſqu'une partie qui ne ſeroit pas aſſez grande pour placer mes matériaux, ne pourroit ſervir à la fin pour laquelle elle doit m'être fournie : Dumoulin rapporte d'autres exemples, 312, 313, 314, 315.

De l'obligation d'une corvée ou journée.

296. L'obligation d'une journée eſt indiviſible, de la même maniere que l'obligation de conſtruire une maiſon; car quoique le ſervice d'une journée ne ſoit pas en ſoi quelque choſe d'indiviſible, néanmoins l'obligation s'en contracte comme d'une choſe indiviſible, & qui ne peut s'acquitter pour partie : c'eſt pourquoi Ulpien dit, *nec promitti, nec ſolvi, nec deberi, nec peti, pro parte poterit opera;* L. 15, ff. *de oper. libert.*

Pareillement Pomponius en la Loi 3, §. 1, ff. *de oper. libert.* décide que le ſervice d'une journée ne peut s'acquitter par partie, par celui d'un certain nombre d'heures, & qu'en conſéquence le débiteur d'une journée qui auroit travaillé juſqu'à midi, & ſe ſeroit retiré, n'auroit aucunement acquitté ſon obligation, & demeureroit débiteur de la journée, *non pars operæ per horas ſolvi poteſt, quia id eſt officii diurni, neque ei liberto, qui ſex horis duntaxat meridianis præſto fuiſſet, liberatio ejus diei contigit* : mais après qu'il aura acquitté la journée dont il demeure débiteur, il pourra demander le prix de ſa demi-journée qu'il ne devoit pas.

Au reſte, Dumoulin, *p.* 2, *n.* 355, *& ſeq.* remarque fort bien que cette indiviſibilité de l'obligation d'une journée n'eſt qu'une indiviſibilité d'*obligation*, & non une indiviſibilité abſolue ou indiviſibilité *contractu :* car rien n'empêche qu'on ne puiſſe contracter l'obligation d'une partie de journée comme d'une demi-journée. Il eſt vrai que la Loi 15, §. 1, *de oper. libert.* dit, *nec promitti pro parte opera poteſt* : mais c'eſt une pure ſubtilité : le Juriſconſulte prend *opera* pour *officium diurnum*, ſelon la définition de la Loi 1, ff. *d. tit.* qu'il regarde

ſelon cette idée comme indiviſible, parce que ſi vous diviſez, ce n'eſt plus *officium diurnum*, mais *officium horarium.*

De l'obligation de faire quelque ouvrage.

297. Nous entendons ici par ouvrage, *effectio tranſiens in opus ſpecificum permanens*, ſuivant l'expreſſion de Dumoulin, *p.* 2, *n.* 361; & nous avons déja vu ci-deſſus, *n.* 292, que l'obligation de faire un ouvrage pris en ce ſens, telle que l'obligation de conſtruire une maiſon, faire une ſtatue, un tableau, étoit une obligation indiviſible, non de cette indiviſibilité abſolue que nous avons appellée avec Dumoulin indiviſibilité *contractu*, mais de la ſimple indiviſibilité *d'obligation.*

De l'obligation de donner une certaine ſomme léguée pour la conſtruction d'un Hôpital, ou pour quelqu'autre fin.

298. L'obligation qui réſulte de ce legs eſt diviſible, puiſque c'eſt l'obligation de donner une ſomme d'argent. Ce qui eſt ajouté dans le teſtament, *pour bâtir un Hôpital*, n'exprime que le motif du teſtateur, qui l'a porté à faire ce legs; c'eſt *ratio legandi*: mais ce motif n'étant point uni à la diſpoſition, *ratio legandi non cohæret legato*, l. 72, §. 6, ff. *de cond. & dem.*, ne peut par conſéquent influer ſur la nature du legs, & ſur l'obligation qui en réſulte.

Si le teſtateur avoit chargé ſes héritiers de bâtir un hôpital dans une certaine ville, & d'y employer une certaine ſomme d'argent; l'obligation qui auroit pour objet la conſtruction de l'hôpital, ſeroit indiviſible. C'eſt à cette derniere eſpece que doit s'appliquer la Loi 11, §. 23, ff. *de leg.* 3°. *Voyez* Dumoulin, *p.* 2, *n.* 368, *& ſeq.*

ARTICLE II.

De la nature & des effets des obligations diviſibles.

§. I.

Principes généraux.

299. Une obligation eſt appellée *diviſible*, comme nous l'avons déja remarqué, non parce qu'elle eſt actuellement diviſée, mais parce qu'elle ſe peut diviſer. C'eſt pourquoi quelque diviſible que ſoit la choſe due, l'obligation avant qu'elle ait été diviſée, eſt indiviſe & ne peut être acquittée par parties, comme nous le verrons *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 2.

Il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'indiviſion & l'indiviſibilité; c'eſt la premiere des clefs de Dumoulin, *Tr. de div. & indiv. p.* 3, *n.* 7, *& ſeq. n.* 112.

Cette diviſion de l'obligation ſe fait ou du côté du débiteur, ou du côté du créancier, ou quelquefois de l'un & de l'autre côté enſemble. L'obligation ſe diviſe du côté du créancier, lorſqu'il laiſſe pluſieurs héritiers; chacun des héritiers eſt créancier ſeulement de ſa part: d'où il ſuit qu'il ne peut exiger

cette créance que pour cette part ; qu'il ne peut donner de quittance que pour cette part, à moins qu'il n'ait une procuration de ſes cohéritiers pour recevoir la leur : de-là il ſuit pareillement que le débiteur peut payer ſéparément à chacun de ces héritiers la portion qui lui eſt due.

L'obligation ſe diviſe pareillement du côté du débiteur, lorſqu'il laiſſe pluſieurs héritiers : chacun des héritiers de ce débiteur, n'eſt tenu de la dette que pour ſa part, & ordinairement chacun des héritiers peut obliger le créancier à recevoir la dette pour cette part.

§. II.

Modifications du premier effet de la diviſion de l'obligation du côté du Débiteur.

300. Le principe que nous avons établi, que dans les obligations diviſibles chaque héritier du débiteur n'eſt tenu de la dette que pour la part dont il eſt héritier, reçoit pluſieurs exceptions & modifications.

La premiere eſt à l'égard des dettes hypothécaires : en ce cas, lorſque les héritiers du débiteur ſont poſſeſſeurs d'immeubles hypothéqués à la dette, quoique la dette ſe diviſe entre eux, & qu'en conſéquence ils ne ſoient tenus de l'action perſonnelle qui réſulte de l'obligation du défunt que pour la part dont ils ſont ſes héritiers, néanmoins ils peuvent être pourſuivis hypothécairement pour le total de cette dette, comme poſſeſſeurs des biens qui y ſont hypothéqués. Voyez ce que nous avons dit à ce ſujet en notre Introduction au titre 20 de la Coutume d'Orléans, *chap. 1, ſect. 3.*

301. La deuxieme eſt à l'égard des dettes d'un corps certain que le défunt a laiſſé dans ſa ſucceſſion. Lorſque le défunt a laiſſé des héritiers de différentes eſpeces, les uns aux meubles & acquêts, les autres aux propres, tous ne ſont pas tenus de la dette de ce corps certain ; il n'y a que les héritiers du patrimoine duquel il fait partie, qui en ſoient ſeuls tenus. La raiſon eſt que le défunt n'en ſeroit tenu lui-même, s'il vivoit encore, qu'autant qu'il le poſſéderoit encore, ou qu'il auroit ceſſé par ſon fait ou ſa faute de le poſſéder ; ſes héritiers du patrimoine dont le corps certain ne fait point partie, qui ne l'ont par conſéquent jamais poſſédé, ni ceſſé de le poſſéder, ne peuvent donc être tenus de la dette de ce corps certain, n'en pouvant être tenus que comme le défunt qu'ils repréſentent, le ſeroit : il n'y a donc que les héritiers du patrimoine dans lequel ſe trouve ce corps certain, qui en puiſſent être tenus.

Mais ſi par le partage entre les héritiers de ce patrimoine, ce corps certain dû par le défunt à quelqu'un, a été compris dans le lot échu à l'un d'eux, les autres ne ſont pas pour cela déchargés de cette dette, quand même ils auroient chargé celui d'entre eux au lot duquel ce corps certain eſt échu, d'acquitter la dette, lorſqu'elle deviendroit exigible : car ayant été une fois tenus de cette dette, ils n'ont pu par leur fait, en comprenant ce corps certain dans la maſſe des biens qu'ils ont partagés entre eux, ſe décharger de l'obligation de le délivrer au créancier.

302. La troiſieme modification concerne encore les dettes d'un corps certain :

tain. Quoique la dette d'un corps certain diviſible ſe diviſe entre les héritiers du débiteur qui ſuccedent à l'eſpece des biens dont il fait partie, & que même après le partage par lequel ce corps certain eſt échu dans le lot de l'un d'eux, chacun de ſes héritiers continue d'en être débiteur pour ſa part, comme nous venons de le voir ci-deſſus, néanmoins celui dans le lot duquel il eſt tombé, peut être pourſuivi pour le paiement du total, & condamné envers le créancier au paiement du total, pourvu que le jugement ſoit rendu avec ſes cohéritiers ou par défaut contre eux, s'il n'a pas été chargé de cette dette par le partage.

La raiſon qu'en rend Dumoulin eſt, que quoique l'action qui naît de cette dette ſoit diviſée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit ſe faire pour le total ſur celui d'entr'eux qui par le partage en eſt devenu ſeul poſſeſſeur, il s'enſuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette choſe pour le total; *quia quamvis actio merè ſit perſonalis, tamen executio judicati in rem ſcripta eſt, & diviſio non debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem & in ejus poſſeſſorem, ſalvo contrà heredes recurſu;* Molin, p. 2, n. 84.

Cette déciſion a lieu lorſque c'eſt en ſa qualité d'héritier, & par le partage de la ſucceſſion que cet héritier pour partie du débiteur, ſe trouve poſſéder en entier la choſe due. Il en ſeroit autrement ſi c'étoit de ſon chef qu'il la poſſédât: il n'en ſeroit pas en ce cas débiteur, & il ne pourroit être condamné à la payer, que pour la part pour laquelle il eſt héritier. On peut tirer argument de la loi 86, §. 3, ff. *de leg.* 1°. *Si fundus ab omnibus heredibus legatus ſit, qui unius heredis eſſet, is cujus fundus eſſet non amplius quàm partem ſuam præſtabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

Nous venons de voir que lorſque l'héritier pour partie du débiteur d'un corps certain, ſe trouvoit en cette qualité d'héritier être en poſſeſſion pour le total de cette choſe, il pouvoit être condamné à la preſtation du total, pourvu que la ſentence fût rendue avec ſes cohéritiers, ſuivant que l'enſeigne Dumoulin, *ibid. n.* 84. Cet Auteur va plus loin, *ibid. p.* 3, *n.* 242; car il décide que l'héritier peut y être condamné, même ſans que ſes cohéritiers aient été mis en cauſe, lorſqu'il eſt évident qu'ils ne pourroient avoir aucuns moyens de défenſe. C'eſt ce qu'il décide dans l'eſpece d'un vendeur, qui, ayant vendu une choſe livrable dans le mois, & ayant reçu le prix, ſeroit mort dans ce terme, laiſſant pluſieurs héritiers: il décide que la vente & le paiement du prix étant conſtans, celui des héritiers pardevers qui la choſe ſe trouve, doit après l'expiration du terme être condamné à la livrer, ſans qu'il ſoit reçu à mettre en cauſe ſes cohéritiers.

303. La quatrieme modification eſt, lorſque la dette conſiſte dans la ſimple reſtitution d'une choſe dont le créancier eſt propriétaire, & dont le débiteur n'avoit que la ſimple détention. Quoique la choſe ſoit diviſible, & qu'en conſéquence la dette le ſoit auſſi, néanmoins celui des héritiers du débiteur pardevers qui eſt la choſe, eſt tenu pour le total, de cette reſtitution. Par exemple, ſi on vous a prêté ou donné en dépôt une Bibliotheque, quoique cette dette ſoit diviſible, celui de vos héritiers pardevers qui elle ſe trouvera, ſera tenu

pour le total de la reſtitution de cette Bibliotheque : *Heres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres eſt, convenitur, niſi ſortè habuit totius rei facultatem reſtituendæ, nec faciat : tunc enim condemnatur in ſolidum, quia hoc boni judicis arbitrio conveniat*; l. 3, §. 3, ff. *commod.*

La raiſon eſt que cet héritier qui a pardevers lui la choſe entiere, ayant la faculté de la rendre, & n'ayant pas beſoin d'attendre pour cela le conſentement de ſes cohéritiers qui n'ont aucun droit dans cette choſe, & auxquels la reſtitution qu'il en fera ne peut être avantageuſe en les déchargeant de l'obligation en laquelle ils ſont de faire cette reſtitution, la bonne foi ne permet pas qu'il refuſe cette reſtitution ; c'eſt ce qu'inſinue le Juriſconſulte par ces termes *quia hoc boni judicis arbitrio conveniat.* Si cet héritier n'eſt tenu que pour ſa part héréditaire, *ex primâ & primitivâ obligatione depoſiti aut commodati quæ dividua eſt*, il eſt tenu pour le total de cette reſtitution qui eſt en ſon pouvoir, *ex obligatione acceſſoriâ præſtandi bonam fidem*, l'obligation de la bonne foi étant une obligation indiviſible; *neque enim bona fides poteſt præſtari pro parte.* C'eſt encore une des clefs de Dumoulin, *lex 12 tabularum*, dit-il, *non dividit obligationes etiam dividuas quatenùs reſpiciunt bonam fidem; undè obligatio etiam dividua ad officium bonæ fidei obligat in ſolidum, concurrente facultate præſtandi, & quatenùs concurrit, & quandòcumque hoc contigerit ;* Molin. p. 3, n. 112.

304. Une cinquieme modification, eſt que l'un des héritiers par le fait ou la faute duquel la choſe eſt périe, eſt tenu du total de la dette. La raiſon ſe tire du principe de Dumoulin, qui eſt que l'obligation principale *rem dividuam dandi* eſt diviſible à la vérité; mais l'obligation acceſſoire *præſtandi bonam fidem & diligentiam* qui y eſt jointe, eſt indiviſible : chacun des héritiers eſt à cet égard tenu *in ſolidum, nec enim pro parte diligentia præſtari poteſt* : d'où il ſuit que celui des héritiers qui y a manqué, & par le fait & la faute duquel la choſe eſt périe, doit être tenu pour le total. Suivant ces principes, ſi quelqu'un s'eſt obligé envers moi à me laiſſer jouir d'un héritage, ſoit par un bail à ferme qu'il m'en a fait, ſoit par la vente qu'il m'a faite d'un droit d'uſufruit de cet héritage, & qu'il ait laiſſé quatre héritiers; ſi l'un des héritiers, ſans aucun droit qu'il ait de ſon chef dans cet héritage, me trouble injuſtement dans la jouiſſance du total de cet héritage, il ſera tenu pour le total de mes dommages & intérêts, & non pas ſeulement pour la part dont il eſt héritier : car quoique l'obligation principale de me faire jouir, ſoit diviſible, l'obligation acceſſoire *præſtandi bonam fidem* qui oblige de n'apporter aucun trouble, eſt indiviſible & paſſe par conſéquent à chacun des héritiers pour le total, & l'héritier qui y contrevient doit être tenu des dommages & intérêts pour le total.

De-là cette maxime, qu'un héritier ne peut être, à la vérité, pourſuivi pour une dette diviſible, que pour la part pour laquelle il eſt héritier, lorſqu'il n'eſt pourſuivi qu'en ſa ſeule qualité d'héritier & pour le fait du défunt; mais qu'il peut être pourſuivi pour le total, lorſqu'il eſt pourſuivi pour ſon propre fait : *Multum refert unum heredum debitoris teneri ſecundariâ obligatione ut heredem tantùm ; id eſt ex facto vel non facto defuncti tantùm; an verò ut ipſum, id eſt ex ſuo facto proprio vel non facto ;* Molin. p. 3, n. 5.

305. A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute de leur part à la perte de la choſe due, ils ſont libérés : car cet héritier

eſt tenu de la dette comme le défunt en étoit tenu. Le défunt auroit été libéré par la perte de la choſe arrivée ſans ſa faute, l'héritier doit donc pareillement être libéré par la perte de la choſe arrivée ſans la faute du défunt & ſans la ſienne propre. L'héritier eſt bien tenu des faits du défunt, puiſqu'il ſuccede aux obligations du défunt, mais il n'eſt pas tenu du fait de ſes cohéritiers : c'eſt ce qui eſt décidé par les Loix 9 & 10, ff. *depoſ. In depoſiti actione, ſi de facto defuncti agatur, adversùs unum ex pluribus heredibus pro parte hereditariâ agere debeo; ſi verò ex ſuo delicto, pro parte non ago; meritò quia æſtimatio refertur ad dolum quem in ſolidum ipſe admiſit, nec adversùs coheredes qui dolo carent, actio competit.* Paul décide la même choſe pour le prêt à uſage; *l.* 17, §. 2, *commod.* Molin. p. 3, *n.* 439 & 440.

Si on avoit ſtipulé une peine, en cas que la choſe ne fût pas rendue, en ce cas quoiqu'elle ait péri par la faute de l'un d'eux, & ſans le fait ni la faute des autres, ils ne laiſſeront pas d'être tenus de la peine, chacun pour leur part. Car l'obligation de payer la ſomme convenue pour la peine, eſt une ſeconde obligation que le défunt a contractée qui eſt conditionnelle, & a pour condition l'inexécution de la premiere, les héritiers du défunt ont chacun pour la part pour laquelle ils ſont héritiers du défunt, ſuccédé à cette ſeconde obligation, ſous la même condition : ils ſont donc tenus, chacun pour leur part héréditaire, de payer cette ſomme, dans le cas de l'exiſtence de la condition, c'eſt-à-dire, dans le cas où la premiere obligation ne ſeroit pas exécutée, ſoit par le fait ou la faute du défunt, ſoit par celle de quelqu'un de ſes héritiers, ſauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la choſe a péri. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, qui dit que les cohéritiers de celui par le fait de qui la choſe eſt périe, ſont tenus en ce cas de la peine ; *non immediatè ex facto & culpâ doloſi, ſed ejus occaſione & tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quæ in eos ſub eâ conditione deſcendit;* Molin. d. n. 440.

C'eſt de ce cas qu'entend parler Paul en la loi 44, §. 5, ff. *fam. erc.* lorſqu'il dit: *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquàm conditio ſtipulationis hereditariæ extiterit, habebunt familiæ erciſcundæ judicium cum eo propter quem commiſſa ſit ſtipulatio.*

Obſervez que pour que la contravention de l'un des héritiers réjailliſſe ſur ſes cohéritiers, il faut qu'il y ait une ſeconde convention expreſſe, par laquelle le défunt ſe ſoit obligé au paiement d'une certaine peine, en cas d'inexécution de l'obligation principale, ou par lequelle il ſe ſoit obligé aux dommages & intérêts, en cas de contravention par lui *ou ſes héritiers :* mais il ne ſuffit pas pour cela qu'il ſoit dit à la fin de l'acte, que toutes les parties ſe ſont obligées à tout le contenu de l'acte, à peine de tous dépens, dommages & intérêts ; car cette clauſe ne contient pas une ſeconde obligation : *Hæc clauſula nihil novi addit, cùm ſit ex ſtylo communi ad confirmandùm tantùm, ſecundùm materiam ſubjectam, & ejus limites ;* ibid. 442.

On oppoſera peut-être contre la diſtinction de Dumoulin, que dans toutes les conventions qui contiennent une obligation principale, on doit toujours ſous-entendre une ſeconde convention tacite acceſſoire de la premiere, par laquelle le débiteur s'engage aux dommages & intérêts, en cas de contravention par lui ou par ſes héritiers à l'obligation principale; que cette ſeconde con-

vention tacite doit avoir le même effet que ſi elle étoit exprimée. La réponſe eſt qu'il eſt faux qu'on doive ſuppoſer cette ſeconde convention lorſqu'elle n'eſt pas exprimée : ſi le débiteur qui contrevient à ſon obligation principale, eſt tenu des dommages & intérêts réſultans de ſa contravention, ce n'eſt pas en vertu d'aucune ſeconde convention qu'on doive ſuppoſer, par laquelle il ſeroit obligé à ces dommages & intérêts; c'eſt uniquement parce que cette obligation des dommages & intérêts eſt renfermée dans l'obligation principale, & que cette obligation principale *ex propriâ naturâ* ſe convertit contre le contrevenant en une obligation de dommages & intérêts : mais en ce cas lorſque c'eſt l'un des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, les autres héritiers qui n'y ont pas contrevenu ne ſont tenus d'aucuns dommages & intérêts; ces héritiers étant bien tenus des faits du défunt qu'ils repréſentent, & de leur propre fait, mais n'étant point tenus des faits de leur cohéritier, comme il a déja été ci-deſſus obſervé.

306. Lorſque la choſe eſt périe par le fait ou le dol de pluſieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en eſt tenu ſolidairement; *nec enim*, dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet conſortem.*

Si néanmoins ces héritiers avoient chacun par un fait particulier, perdu ou diverti différentes parties de la choſe due, chacun ne ſeroit tenu que de la perte ou divertiſſement de cette partie : car en ce cas, *unuſquiſque non in ſolidum, ſed id parte duntaxat dolum admiſit.* C'eſt ce que décide Marcellus en la loi 22, ff. *depoſit* : *Si duo heredes rem apud defunctum depoſitam dolo intervenerint, quodam caſu in partes duntaxat tenebuntur; nam ſi diviſerunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, & quina millia ſinguli abſtulerint, & uterque ſolvendo eſt, in partes adſtricti erunt : quod ſi quæ ſpecies dolo earum interverſa fuerit, in ſolidum conveniri poterunt, nam certè verum eſt in ſolidum quemque dolo feciſſe.*

Obſervez à l'égard de la premiere eſpece de la loi 22, qu'il eſt dit, *ſi uterque ſolvendo eſt*; car ſi l'un des deux héritiers étoit inſolvable, celui des deux qui auroit été ſolvable, auroit été en faute, non-ſeulement par rapport à ſa moitié, mais même par rapport à l'autre moitié, n'ayant pas dû partager la ſomme donnée en dépôt au défunt, avec ſon cohéritier inſolvable. Si l'obligation de reſtituer la ſomme étoit une obligation diviſible, l'obligation acceſſoire de la garder & de la conſerver avec bonne foi, étoit une obligation indiviſible, dont chacun d'eux étoit tenu pour le total, & à laquelle il a contrevenu, non-ſeulement par rapport à la moitié qu'il a dû payer, mais auſſi par rapport à l'autre qu'il a laiſſée à la merci de ſon cohéritier inſolvable.

307. Une ſixieme exception eſt que quoiqu'une obligation ſoit diviſible, l'un des héritiers du débiteur peut en être tenu pour le total, ſoit par une convention, ſoit par le teſtament du défunt qui l'en aura chargé, ou par l'office du Juge qui fait le partage des biens de la ſucceſſion : en tous ces cas, l'un des héritiers eſt tenu de la dette pour le total, ſans que les autres héritiers ceſſent d'en être tenus avec lui pour chacun leur part.

308. Il réſulte de toutes ces modifications que *aliud eſt unum ex pluribus ſive principalibus ſive heredibus teneri in ſolidum, aliud obligationem eſſe individuam.* C'eſt la troiſieme des clefs de Dumoulin, *part.* 3, *n.* 112.

309. Hors ces cas, chaque héritier du débiteur n'eſt tenu des dettes divi-

ſibles que pour la part dont il eſt héritier; & il n'eſt pas même tenu ſubſidiairement du ſurplus, en cas d'inſolvabilité de ſes cohéritiers: la loi 2, *Cod. de hered. act.* qui décide que chaque héritier n'eſt tenu des dettes du défunt que pour ſa part, ne diſtingue point ſi tous les héritiers ſont ſolvables ou non. Cela eſt pris même de l'idée d'héritier: un héritier eſt celui qui ſuccede aux droits actifs & paſſifs, c'eſt-à-dire, aux dettes & obligations du défunt; celui qui n'eſt héritier que pour partie, n'y ſuccede que pour cette partie; il n'en eſt donc tenu que pour cette partie: l'inſolvabilité de ſes cohéritiers qui ſurvient, ne le rend pas ſucceſſeur pour le total aux droits du défunt, il ne l'eſt toujours que pour ſa part, & par conſéquent il ne doit être tenu des dettes que pour ſa part.

On oppoſe que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total ſur les biens que retient cet héritier en partie. La réponſe eſt que l'univerſalité totale des biens eſt chargée du total des dettes; mais les portions de cette univerſalité ne ſont chargées que d'une pareille portion des dettes. On inſiſte & on dit, ſi le débiteur avoit diſſipé la moitié de ſes biens, l'autre moitié qui lui reſteroit, ſeroit chargée du total des dettes; donc lorſque l'un des héritiers du débiteur a diſſipé ſa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier, doit pareillement être chargée du total des dettes; je nie la conſéquence. Lorſque le débiteur a diſſipé la moitié de ſes biens, ce qui lui reſte eſt le total des biens de la perſonne obligée au total de la dette; & par conſéquent le total des dettes eſt une charge de ce qui reſte des biens: mais lorſque mon cohéritier a diſſipé la moitié qui lui eſt échue, celle que j'ai n'eſt toujours que la portion d'un héritier pour moitié, qui n'eſt tenu perſonnellement des dettes que pour cette moitié; cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes. On inſiſte encore, & on dit que le créancier ne doit pas ſouffrir de la multiplicité des héritiers que ſon débiteur laiſſe; donc la diſſipation de la moitié de ces biens que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de ſa dette; puiſque ſi le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdroit rien de ſa dette. La réponſe eſt, que ce n'eſt qu'*ex accidenti* que le créancier ſouffre en ce cas de la multiplicité des héritiers qu'a laiſſé le débiteur; il pouvoit n'en pas ſouffrir en arrêtant les biens de la ſucceſſion avant le partage, ou en veillant à ſe faire payer.

Cette déciſion, que l'héritier pour partie n'eſt pas tenu des dettes pour les portions de ſes cohéritiers devenus inſolvables, quand même ſa portion ſeroit plus que ſuffiſante pour payer le total, étant tirée des principes de la raiſon naturelle, & de la nature même de la qualité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conſcience, auſſi bien que dans le for extérieur; Molin. *part.* 2, *n.* 82.

310. Ce principe, qu'un héritier n'eſt pas tenu de l'inſolvabilité de ſes cohéritiers, reçoit pluſieurs exceptions. La premiere, qui ne ſouffre pas de difficulté, eſt lorſque c'eſt par le dol & le fait d'un héritier que le créancier n'a pu ſe faire payer par les autres héritiers devenus inſolvables, *putà* parce que cet héritier s'eſt fait paſſer pour le ſeul héritier; Molin. *ibid. n.* 85 *in fine.*

Dumoulin apporte pour ſecond cas d'exception, celui auquel un pere laiſſeroit pour héritiers deux enfans, dont l'un auroit diſſipé d'avance ce qu'il

auroit reçu en avancement de ſa ſucceſſion, & auquel au moyen de ce qu'il eſt tenu de la précompter ſur ſa part, il ſeroit revenu beaucoup moins dans l'actif des biens délaiſſés par le pere, que n'eſt la part des dettes de cette ſucceſſion, dont il eſt tenu en ſe portant héritier; l'autre enfant doit répondre en ce cas envers les créanciers de la ſucceſſion, de la part des dettes dont eſt tenu ſon frere inſolvable, quoique les créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de la ſucceſſion avant le partage. La raiſon eſt que cet enfant ayant recueilli preſque tout l'actif des biens délaiſſés par le défunt, au moyen de ce que ſon frere a été tenu de précompter ce qu'il avoit reçu du vivant du pere commun, il eſt juſte qu'il ne profite pas aux dépens des créanciers de la ſucceſſion, de ce que ſon frere s'eſt mal-à-propos porté héritier; il y a lieu en ce cas de préſumer une colluſion entre les deux freres, & que c'eſt dans la vue de ſe décharger d'une portion des dettes, & d'en frauder les créanciers, qu'il a engagé ſon frere inſolvable à ſe porter héritier : *Hoc eſt injuſtum*, dit Dumoulin, *nec ſuſpicione colluſionis vacat.* ibid. n. 93 in fine.

Cet Auteur, *n.* 92, apporte pour troiſieme exception le cas auquel le créancier auroit fait un prêt au défunt, qui auroit été la cauſe de la fortune du défunt; en ce cas l'héritier ſolvable étant en quelque façon redevable au créancier de ce qu'il recueille pour ſa part une ſucceſſion opulente, ne doit pas laiſſer perdre au créancier la part de cette créance dont eſt tenu ſon cohéritier inſolvable. Cette déciſion de Dumoulin ſouffre difficulté : j'avoue que la gratitude exige cela; mais la gratitude ne forme que des obligations imparfaites qui n'obligent pas dans le for extérieur.

§. III.

Du ſecond effet de la diviſion de la dette, qui conſiſte en ce qu'elle peut être payée par parties.

311. Nous avons vu qu'un des effets de la diviſion de la dette, ſoit que ce fût du côté du créancier, ſoit que ce fût du côté du débiteur qu'elle fût arrivée, étoit que le paiement de la dette pouvoit ſe faire par parties; ſçavoir, pour les parties qui ſont dues à chacun des héritiers du créancier, & pour celles dues par chacun des héritiers du débiteur. Ce principe a auſſi ſes exceptions & ſes modifications, *non propter individuitatem obligationis, ſed propter incongruitatem ſolutionis*, dit Dumoulin; c'eſt-à-dire, non parce que le paiement partiel d'une obligation diviſible ne ſoit pas toujours abſolument parlant poſſible; car puiſque la choſe due a des parties, c'eſt une conſéquence néceſſaire qu'elle puiſſe être payée par parties; mais ſi le paiement de ces obligations ne doit pas quelquefois ſe faire par parties, c'eſt parce que le paiement partiel n'eſt pas toujours équitable; *aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas ſolutionis.* C'eſt la quatrieme des clefs de Dumoulin, *p.* 3, *n.* 112.

312. Le premier cas auquel le paiement partiel d'une dette, quoique diviſible, n'eſt pas valable, eſt le cas des dettes alternatives, ou de choſes indéterminées. Par exemple, ſi celui qui eſt débiteur *d'une telle maiſon, ou d'une ſomme de dix mille livres*, laiſſe deux héritiers, l'un des héritiers ne ſera pas admis à

payer la moitié d'une de ces deux choſes, juſqu'à ce que l'autre héritier paie auſſi l'autre moitié de la même choſe : car ſi l'un des héritiers ayant payé la moitié, par exemple, de la maiſon, l'autre vouloit payer la moitié de la ſomme, il en réſulteroit un préjudice au créancier qui doit recevoir en paiement l'une des deux choſes entieres, & non pas deux moitiés de deux différentes choſes. Par cette même raiſon, quand même le créancier auroit volontairement reçu la moitié de l'une des deux choſes, *putà* la moitié de la ſomme, ce paiement ne recevra ſa perfection, même pour cette moitié, que lorſqu'on lui aura payé l'autre moitié ; & ſi par la ſuite on lui donne la maiſon, il y aura lieu à la répétition de ce qui auroit été payé en argent. *Infrà, p.* 3, *n.* 525.

Il en eſt de même des dettes de choſes indéterminées : comme ſi le défunt devoit indéterminément un arpent de terre, l'un de ſes héritiers n'eſt pas recevable à offrir au créancier la moitié d'un certain arpent de terre, juſqu'à ce que l'autre héritier donne auſſi en paiement l'autre moitié du même arpent; autrement il en réſulteroit un préjudice au créancier à qui il eſt dû un arpent entier, & qui a intérêt d'avoir un arpent entier, plutôt que la moitié de deux différens arpens. C'eſt ce qui réſulte des Loix 85, §. 4, & L. 2, §. 2, ff. *de verb. oblig.* Molin. *p.* 2, *n.* 125.

Cette indiviſion de paiement doit avoir lieu, non-ſeulement lorſque la dette a été diviſée du côté du débiteur, mais auſſi pareillement lorſqu'elle l'a été du côté du créancier qui a laiſſé pluſieurs héritiers : car il eſt de l'intérêt de ces héritiers du créancier de recevoir une ſeule choſe qui leur eſt due, qui ne ſoit commune qu'entr'eux, plutôt que des portions de différentes choſes qu'ils auroient chacun en commun avec des étrangers; Molin. *ibid. p.* 2, *n.* 130.

Lorſque l'un des héritiers du débiteur a été libéré pour ſa part de la dette, ſoit par la remiſe que le créancier lui en a faite, ſoit autrement, rien n'empêche alors que l'autre héritier ne puiſſe payer l'une des choſes qu'il voudra pour la moitié qu'il doit, *d. l.* 2, §. 3. La raiſon qui empêchoit le paiement partiel, ceſſe ; car il n'y a plus lieu de craindre que le paiement ſe faſſe en portions de différentes choſes.

Obſervez que dans le texte cité, après ces mots *ſi tamen hominem ſtipulatus, cum uno ex heredibus egero*, il faut ſuppléer, *& victus fuero per injuriam judicis.* Voyez Cuj. *ad l.* Molin. *ibid. p.* 2, *n.* 188.

Obſervez auſſi que l'indiviſion de paiement d'une dette alternative ceſſe d'avoir lieu lorſque cette dette, par l'extinction de l'une des deux choſes, ceſſe d'être alternative, & devient déterminée à la choſe qui reſte : rien n'empêche en ce cas que cette choſe puiſſe être payée par parties, ſoit par les différens héritiers du débiteur, ſoit aux différens héritiers du créancier.

313. Le ſecond cas auquel le paiement d'une obligation, quoique diviſible & diviſée entre pluſieurs héritiers du débiteur, ne peut ſe faire par parties, eſt lorſqu'on en eſt convenu, en contractant l'obligation ou depuis. On pourroit néanmoins douter ſi cette convention eſt valable, parce que la Loi 56, §. 1, *de verb. oblig.* décide qu'une perſonne ne peut en contractant, faire qu'un de ſes héritiers ſoit obligé à ſa dette pour une plus grande part que celle pour laquelle il ſera héritier : *Te & Titium heredem tuum decem daturum ſpondes : Titii perſona ſupervacuè comprehenſa eſt ; ſive enim ſolus heres extiterit, in ſolidum tene-*

bitur; ſive pro parte, eodem modo quo cæteri co-heredes ejus : c'eſt-à-dire, qu'il ſera tenu, nonobſtant cette clauſe de la ſtipulation, pour la part ſeulement dont il ſera héritier; & la raiſon eſt que n'étant héritier du contractant que pour cette part, & étant par conſéquent étranger à l'égard des autres parts, il n'a pu être obligé pour les autres parts par la promeſſe du contractant, ſuivant le principe de Droit, que *nemo niſi de ſe promittere poteſt, non de extraneo.*

Nonobſtant cela, Dumoulin décide avec raiſon, qu'on peut valablement convenir qu'une dette ne pourra être acquittée par parties par les différens héritiers du débiteur; & il remarque fort bien que cette convention eſt bien différente de l'eſpece de la Loi ci-deſſus rapportée, laquelle tombe ſur la ſubſtance même de l'obligation; au-lieu que cette convention ne concerne que la maniere dont le paiement s'en fera : *non concernit ſubſtantiam obligationis, ſed modum; undè quemadmodum poteſt in præjudicium heredum determinari locus & tempus ſolutionis, ita & modus*; Molin. *ibid. part.* 2, *n.* 30 & 31. Cette convention n'empêche pas que l'un des héritiers du débiteur ne ſoit tenu que pour ſa part de la dette; mais l'effet eſt qu'il ne peut faire le paiement que de la choſe entiere, conjointement avec ſes cohéritiers, de maniere que les offres qu'il feroit de donner ſa part, ſeroient inſuffiſantes pour ſatisfaire, même pour ſa part, à l'obligation dont il eſt tenu, ſi ſes cohéritiers n'offrent également la leur; *Voyez* infrà, *n.* 316.

314. Cette convention que la dette ne pourra être payée par parties, empêche bien que les héritiers du débiteur ne la puiſſent payer par parties; mais elle n'empêche pas qu'elle ne puiſſe être payée par parties aux différens héritiers du créancier.

Le débiteur ne peut même valablement payer à chacun d'eux que ſa part; & s'il payoit le total à l'un d'eux, il ne ſeroit pas libéré envers les autres.

Néanmoins on peut auſſi convenir que l'un des héritiers du créancier pourra exiger le total, & qu'on pourra lui payer le total; auquel cas le paiement qui lui eſt fait, libere le débiteur envers tous les héritiers du créancier, dont celui à qui le paiement eſt fait, eſt comme le prépoſé pour leurs parts, ou comme *adjectus ſolutionis gratiâ*; Molin. *ibid. n.* 33.

315. Le troiſieme cas auquel la dette, quoique diviſée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, eſt lorſque, ſans qu'il y ait de convention, il réſulte de la nature de l'engagement, ou de la choſe qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'eſt propoſée dans le contrat, que l'eſprit des contractans a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties. Cela ſe préſume facilement lorſque la choſe qui fait l'objet de la convention eſt ſuſceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, & eſt par conſéquent diviſible, mais ne peut être diviſée en parties réelles; Molin. *part.* 3, *n.* 223.

Cela ſe préſume, même à l'égard des choſes qui peuvent ſe partager en parties réelles, lorſqu'elles ne peuvent l'être ſans qu'il en réſulte un préjudice au créancier.

Par exemple, ſi j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage ſoit ſuſceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne ſeroit pas reçu à m'offrir ſa part indiviſée

ou

ou diviſée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de ſon obligation, ſi ſes cohéritiers n'étoient prêts auſſi de leur part à me délivrer les leurs ; parce que la diviſion de cet héritage me porteroit préjudice : je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total, ou pour en jouir en total, & je n'en aurois pas acheté, ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractans ſe ſont propoſée, peut auſſi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une ſomme d'argent. Par exemple, ſi par une tranſaction vous vous êtes obligé à me payer une ſomme de mille écus, avec déclaration que c'eſt pour me tirer de priſon où j'étois détenu pour ladite ſomme par un créancier, & que peu après vous ſoyez mort laiſſant quatre héritiers, un de ces héritiers ne ſera pas reçu à m'offrir ſéparément le quart de ladite ſomme, qui ne peut me procurer la main-levée de ma perſonne, qui a été l'objet du contrat, & que je ne pourrois pas conſerver ſûrement en priſon, en attendant le paiement du ſurplus ; Molin. *part.* 2, *n.* 40.

316. Dans tous les cas ci-deſſus rapportés, dans leſquels une obligation, quoiqu'en elle-même diviſible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de ſon débiteur en demeure, qu'en donnant la demande contre tous. La demande qu'il feroit à l'un d'eux de lui payer le total, ne ſeroit pas valable, & ne le mettroit pas en demeure, puiſque l'obligation étant diviſible, il ne doit pas le total : mais quoique l'un des héritiers ne ſoit débiteur que de la partie pour laquelle il eſt héritier, & ne puiſſe être pourſuivi pour le total, néanmoins l'indiviſion de paiement empêche qu'il puiſſe valablement offrir la part dont il eſt débiteur, ſi le ſurplus n'eſt offert en même-temps par ſes cohéritiers. C'eſt pourquoi de telles offres partielles, non-ſeulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, & n'arrêtent pas le cours des intérêts, ſi la dette eſt de nature à en produire ; mais ſi l'héritier qui a fait ces offres, avoit été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeroient pas ſa demeure, & n'empêcheroient pas qu'il ne fût ſujet vis-à-vis du créancier à toutes les peines de la demeure, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers ; Molin. *part.* 2, *n.* 243.

Obſervez qu'une rente conſtituée, qui n'eſt point accompagnée d'hypotheque, ſe diviſe entre les héritiers du débiteur comme les autres dettes : chacun des héritiers n'eſt tenu de la continuer, & d'en payer les arrérages, que pour la part pour laquelle il eſt héritier ; mais la faculté du rachat ſous laquelle elle a été conſtituée, ne ſe diviſe pas. Nous avons traité cette matiere dans notre Traité du Contrat de Conſtitution de Rente, *chap.* 7, *art.* 3 ; *Voyez* Dumoulin, *tract. de div. & ind. part.* 2, *n.* 207, 209 ; *& part.* 3, *n.* 23 *& ſeq.*

§. IV.

Du cas auquel la diviſion de la dette ſe fait tant de la part du Créancier, que du Débiteur.

317. Lorſque la dette a ſouffert diviſion tant de la part du créancier que de la part du débiteur ; *puta* ſi le créancier a laiſſé quatre héritiers, & que

le débiteur en ait pareillement laiſſé quatre, chacun des héritiers du débiteur, qui par la diviſion qui eſt arrivée du côté du débiteur, n'eſt tenu que du quart de la dette, peut payer diviſément, & pour le quart ſeulement dont il eſt débiteur, le quart qui eſt dû à chacun des héritiers du créancier, c'eſt-à-dire, qu'il payera à chacun d'eux le quart du quart qui eſt un ſeizieme au total.

§. V.

Si la réunion des portions, ſoit des héritiers du Créancier, ſoit des héritiers du Débiteur, en une ſeule perſonne, fait ceſſer la faculté de payer la dette par parties.

318. La déciſion de cette queſtion dépend d'un principe qui eſt que la diviſion de la dette qui ſe fait par la mort du créancier ou du débiteur qui laiſſe pluſieurs héritiers, ne fait pas d'une dette pluſieurs dettes; mais elle aſſigne ſeulement à chacun des héritiers, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, des portions dans cette dette, qui n'avoit pas de portions auparavant, mais qui en étoit ſuſceptible. C'eſt en cela ſeul que conſiſte cette diviſion; il n'y a toujours qu'une ſeule dette, *unum debitum*: la Loi 9, ff. *de pactis*, le dit en termes formels. Effectivement, les différens héritiers du créancier ne ſont créanciers que de celle qui a été contractée envers le défunt; les différens héritiers du débiteur ne ſont débiteurs que de celle qui a été contractée par le défunt. Il n'y a donc toujours qu'une dette; mais (& c'eſt en cela que conſiſte la diviſion) cette dette qui étoit indiviſée, & ne contenoit aucunes portions, tant qu'il n'y avoit qu'une perſonne qui fût débiteur, & une ſeule qui fût créancier, ſe trouve avoir des portions, & être due par portions, ſoit à chacun des héritiers du créancier, ſoit par chacun des héritiers du débiteur.

De ce principe naît la déciſion de la queſtion. Les portions de la dette dans leſquelles conſiſte la diviſion de cette dette, étant produites par la multiplicité des perſonnes à qui la dette eſt due, lorſque le créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, ou par la multiplicité des perſonnes par qui la dette eſt due, lorſque le débiteur en a laiſſé pluſieurs, il s'enſuit que lorſque cette multiplicité de perſonnes ceſſe, il ceſſe d'y avoir des parties dans la dette; *ceſſante cauſâ ceſſat effectus*; & par conſéquent la diviſion de la dette ceſſe, & elle ceſſe de pouvoir être payée par portions.

Si donc un débiteur ou un créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, & que le ſurvivant des héritiers ait été lui-même ſeul héritier de tous les prédécédés, la dette ceſſera de pouvoir être payée par portions; parce que ne ſe trouvant plus qu'un ſeul créancier & un ſeul débiteur de la dette, il n'y a plus de portions dans la dette.

En vain dit-on que le débiteur ayant une fois acquis le droit de payer par portions, lorſque le créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, il ne peut plus le perdre; que l'obligation en laquelle chacun des héritiers du créancier étoit de recevoir ſa portion ſéparément, doit paſſer au ſurvivant qui a ſuccédé à toutes les obligations des prédécédés: car cela ſeroit vrai ſi cette faculté de payer par portions étoit intrinſeque à l'obligation, & n'étoit pas au contraire

uniquement dépendante de la circonſtance extrinſeque de la multiplicité des perſonnes à qui ou par qui la dette eſt due, laquelle circonſtance ceſſant, ſon effet doit ceſſer ; *Voyez* Dumoulin, *p. 2, n. 18, & ſeq.*

Cette déciſion n'a pas lieu lorſque le dernier ſurvivant de pluſieurs héritiers du débiteur a recueilli, à la vérité, les ſucceſſions des prédécédés, mais ſous bénéfice d'inventaire ; car ce bénéfice empêchant la confuſion des patrimoines des ſucceſſions & de celui de l'héritier bénéficiaire, empêche auſſi la réunion des portions de la dette : le ſurvivant doit ſéparément & diverſement la portion dont il eſt tenu de la dette de ſon chef, & celle dont il eſt tenu comme héritier bénéficiaire des prédécédés, puiſqu'il eſt tenu de l'une ſur ſes propres biens, & qu'il n'eſt tenu des autres que ſur les biens des ſucceſſions bénéficiaires des prédécédés : or étant tenu ſéparément & diverſement de ces différentes portions de la dette, c'eſt une conſéquence naturelle qu'il a droit de les acquitter ſéparément ; c'eſt l'avis de Dumoulin, *p. 2, n. 22.*

319. La réunion des portions des héritiers du créancier en une ſeule perſonne fait ceſſer la faculté de payer par portions, de quelque maniere que cette réunion ſe faſſe, non-ſeulement lorſque l'un de ces héritiers eſt devenu héritier de tous les autres, mais auſſi lorſqu'il a acquis par ceſſion les droits de tous les autres.

Quid, s'il n'y avoit point de ceſſion ? l'un des héritiers qui auroit ſeulement la procuration de tous les autres cohéritiers pour exiger la dette, ou même un tiers qui auroit cette procuration de tous, pourroit-il refuſer le paiement d'une portion ? Il ſemble qu'il ne le peut : car il n'y a point en ce cas de réunion ; il y a effectivement pluſieurs perſonnes à qui la dette eſt due pour la portion de chacune d'elles, & par conſéquent il ſemble qu'elle peut ſe payer par portions. Nonobſtant cette raiſon, Dumoulin, *p. 2, n. 25*, décide que ce procureur de tous les héritiers peut refuſer de recevoir le paiement de la dette par portions. La raiſon eſt, que de même que lorſque la dette ſe diviſe entre les héritiers du débiteur, cette diviſion ſe fait pour l'intérêt de ces héritiers, afin qu'ils ne ſoient tenus chacun de la dette que pour leur portion héréditaire, & qu'ils puiſſent s'en libérer en payant cette portion ; de même lorſque la dette ſe diviſe entre les héritiers du créancier, la diviſion ne ſe fait en ce cas qu'en faveur & pour l'intérêt des héritiers du créancier, afin que chacun d'eux n'ait pas beſoin d'attendre ſes cohéritiers pour exiger & recevoir ſa portion : ces cohéritiers du créancier peuvent donc ne pas uſer du droit qu'opere cette diviſion de la dette, qui n'eſt qu'en leur faveur, ſuivant cette maxime de droit que *unicuique liberum eſt juri in favorem ſuum introducto renuntiare ;* & par conſéquent celui qui a la procuration de tous les héritiers peut refuſer de recevoir la dette par portions.

320. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent, a lieu lorſque les portions de pluſieurs héritiers d'un ſeul créancier ou d'un ſeul débiteur ſe réuniſſent en une même perſonne. Il faut décider autrement lorſqu'une dette a d'abord été contractée envers deux créanciers ou par deux débiteurs, ſans ſolidité & pour chacun leur portion : en ce cas, il y a deux dettes vraiment diſtinctes & ſéparées, & elles ne ceſſent pas de l'être, quoique l'un des deux créanciers ou

l'un des deux débiteurs ait ſuccédé à l'autre : c'eſt pourquoi le paiement continue de pouvoir s'en faire ſéparément ; *Molin.* ibid. *n.* 29.

§. VI.

Différence entre la dette de pluſieurs corps certains , & celle de pluſieurs choſes indéterminées , touchant la maniere dont elles ſe diviſent.

321. Lorſque la dette eſt de pluſieurs corps certains & déterminés, *putà* d'un tel arpent de terre , & d'un tel autre arpent , & que la dette vient à ſe diviſer , *putà* par la mort du créancier qui a laiſſé deux héritiers , la diviſion ſe fait *in partes ſingularum rerum* : le débiteur ne doit pas l'un des deux arpens à l'un des héritiers , & l'autre arpent à l'autre héritier ; mais il doit à chacun des héritiers la moitié dans l'un & dans l'autre arpent , ſauf à ces héritiers à les partager entre eux.

Il en eſt autrement lorſque la dette eſt de deux choſes indéterminées ; *putà* ſi dans l'eſpece propoſée un débiteur eût dû , non pas un tel arpent , mais deux arpens indéterminément : en ce cas , il devroit à chacun des héritiers du créancier un arpent , & non pas la moitié de deux arpens ; la diviſion ne ſe fait pas *in partes ſingularum rerum* , mais numéralement ; *numero dividitur obligatio.* C'eſt la déciſion des Loix 54 , ff. *de verb. obl. l.* 29 ; ff. *de ſolut.*

ARTICLE III.

De la nature & des effets des Obligations individuelles.

§. I.

Principes généraux ſur la nature des obligations individuelles.

322. L'obligation individuelle étant l'obligation d'une choſe ou d'un fait qui n'eſt pas ſuſceptible de parties ni réelles ni intellectuelles , c'eſt une conſéquence néceſſaire que lorſque deux ou pluſieurs perſonnes ont contracté une dette de cette eſpece , quoiqu'elles ne l'aient pas contractée ſolidairement & *tanquam correi debendi* , néanmoins chacun des obligés eſt débiteur du total de la choſe ou du fait qui fait l'objet de l'obligation : car il ne peut pas en être débiteur pour une part ſeulement , puiſqu'on ſuppoſe que cette choſe ou ce fait n'eſt pas ſuſceptible de parties.

Par la même raiſon , lorſque la perſonne qui a contracté une pareille dette , a laiſſé pluſieurs héritiers , chacun des héritiers eſt débiteur du total de la choſe, ne pouvant pas être débiteur pour partie de ce qui n'en eſt pas ſuſceptible ; *ea quæ in partes dividi non poſſunt , ſolida à ſingulis heredibus debentur ;* l. 192, ff. *de Reg. jur.*

Pareillement , lorſque le créancier d'une pareille dette a laiſſé pluſieurs héritiers , la choſe eſt due pour le total à chacun des héritiers , ne pouvant pas l'être pour partie , puiſqu'elle n'en eſt pas ſuſceptible.

323. En cela l'indiviſibilité d'obligation convient avec la ſolidité ; mais elle en differe principalement en ce que dans l'indiviſibilité d'obligation, ce qui fait que chacun des débiteurs eſt débiteur du total, venant de la qualité de la choſe due qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, cette indiviſibilité eſt une qualité réelle de l'obligation, qui paſſe avec cette qualité aux héritiers, & qui fait que chacun des héritiers du débiteur, eſt débiteur pour le total. Au contraire, la ſolidité venant du fait des perſonnes qui ſe ſont obligées chacune pour le total, cette ſolidité eſt une qualité perſonnelle, qui n'empéche pas que cette obligation ſolidaire ne ſe diviſe entre les héritiers de chacun des débiteurs ſolidaires qui l'ont contractée, & entre les héritiers du créancier envers qui elle a été contractée : c'eſt ce qu'explique parfaitement Dumoulin avec ſon énergie ordinaire ; *in correis credendi vel debendi qualitas diſtributiva ſeu multiplicativa ſolidi, perſonalis eſt, & non tranſit in herede nec ad heredes, inter quos activè vel paſſivè dividitur; ſed qualitas ſolidi in individuis realis eſt, quia non perſonis ut illa correorum, ſed obligationi ipſi & rei debitæ adheret, & tranſit ad heredes, & in ſingulorum heredum heredes ſingulos in ſolidum*, p. 2, n. 222.

324. De-là naît une autre différence entre l'indiviſibilité & la ſolidité. Celle-ci ne procédant pas de la qualité de la choſe due, mais du fait perſonnel des codébiteurs qui ont contracté chacun toute l'obligation, non-ſeulement ils ſont débiteurs de la choſe pour le total, mais ils en ſont débiteurs *totaliter* : quoique l'obligation primitive qu'ils ont contractée ſolidairement vienne à ſe convertir par ſon inexécution en une obligation ſecondaire, ils ſont tenus ſolidairement de cette obligation ſecondaire, comme ils l'étoient de la primitive. Par exemple, ſi deux Entrepreneurs ſe ſont obligés envers moi ſolidairement à me conſtruire une maiſon dans un certain temps ; en cas d'inexécution de cette obligation primitive, ils ſeront tenus chacun ſolidairement de l'obligation des dommages & intérets en laquelle l'obligation primitive s'eſt convertie.

Au contraire, lorſque l'obligation n'eſt pas ſolidaire, mais indiviſible ; comme lorſque pluſieurs perſonnes ſe ſont obligées ſans ſolidité à quelque choſe d'indiviſible, en ce cas l'indiviſibilité ne procédant que de la qualité de la choſe due qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, les débiteurs d'une telle obligation ſont, à la vérité, chacun débiteurs du total, ne pouvant pas être débiteurs de parties d'une choſe qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, *ſinguli ſolidum debent* ; mais ne s'étant pas obligés ſolidairement, *non debent totaliter ; aliud eſt*, dit Dumoulin, *p. 3, n. 112, quem teneri ad totum aliud totaliter* : n'étant débiteurs pour le total qu'à cauſe de la qualité de la choſe due, qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, ſi l'obligation primitive vient à ſe convertir en l'obligation ſecondaire d'une choſe diviſible, ces débiteurs n'en ſeront tenus chacun que pour leur part. Par exemple, ſi deux Entrepreneurs ſe ſont ſans ſolidité obligés envers moi à me conſtruire une maiſon ; quoiqu'ils ſoient tenus chacun pour le total de l'obligation primitive, parce qu'elle a pour objet un fait qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, néanmoins en cas d'inexécution de cette obligation, ils ne ſeront tenus chacun que pour leur portion, de l'obligation ſecondaire des dommages & intérets en laquelle l'obligation primitive

s'eſt convertie; parce que ces dommages & intérêts conſiſtent dans une ſomme d'argent qui eſt diviſible. Il réſulte de-là que *longè aliud eſt plures teneri ad idem in ſolidum, & aliud obligationem eſſe individuam*; c'eſt encore une clef de Dumoulin, *ibid.*

Il faut dire la même choſe à l'égard de pluſieurs créanciers, ou de pluſieurs héritiers d'un créancier d'une choſe indiviſible: ils ſont créanciers du total, *ſingulis ſolidum debetur*, mais ils ne le ſont pas *totaliter*, comme le ſont des créanciers ſolidaires qu'on appelle *correi credendi; & aliud eſt pluribus deberi idem in ſolidum, aliud obligationem eſſe individuam.* Tout ceci va s'éclaircir *in decurſu* dans les paragraphes ſuivans.

225. De ce principe qu'*aliud eſt debere totum, aliud eſt debere totaliter*, il ſuit qu'une obligation indiviſible ne laiſſe pas de pouvoir ſouffrir retranchement. Par exemple, ſi mon parent, par ſon teſtament, m'a grevé envers Pierre d'un droit de ſervitude ſur mon héritage; qu'il ne reſte dans ſa ſucceſſion, toutes charges acquittées, que la ſomme de deux cens livres, & que ce droit de ſervitude ſoit de valeur de trois cens livres; quoique ce legs & l'obligation qui en réſultent ſoient indiviſibles, le droit de ſervitude qui en fait l'objet étant indiviſible, néanmoins comme je ne ſuis pas tenu de cette obligation *totaliter*, mais ſeulement juſqu'à concurrence des deux cens livres qui reſtent de net dans la ſucceſſion, ce legs & cette obligation, quoiqu'indiviſibles, ſouffriront retranchement, non pas à la vérité par rapport à la choſe même qui eſt léguée, & qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, mais par rapport à ſa valeur: c'eſt pourquoi je devrai au légataire un droit entier de ſervitude, mais à la charge qu'il ne pourra l'exiger qu'en me faiſant raiſon de la ſomme qu'il vaut de plus que celle de deux cens livres, juſqu'à concurrence de laquelle ſeulement je ſuis tenu du legs; *Arg. l. 76*, ff. *de leg.* 2°.

§. II.

De l'effet de l'indiviſibilité de l'obligation in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du Créancier.*

326. Lorſque l'obligation eſt indiviſible, chaque héritier du créancier étant créancier de toute la choſe, il en réſulte que chacun des héritiers peut donner la demande pour toute la choſe contre le débiteur.

Par exemple, ſi quelqu'un s'eſt engagé envers moi de me faire conſtituer pour l'utilité de mon héritage, un droit de paſſage ſur le ſien, ou ſur quelqu'autre héritage voiſin, ce droit étant indiviſible, chacun de mes héritiers pourra donner la demande pour le total contre le débiteur; *l.* 2, §. 2, ff. *de verb. obrig.*

Pareillement, ſi quelqu'un s'eſt engagé envers moi à me faire un tableau, ou à me bâtir une maiſon, chacun de mes héritiers peut lui demander qu'il lui faſſe le tableau en entier, ou qu'il bâtiſſe toute la maiſon.

Mais comme chacun de mes héritiers, quoique créancier de toute la choſe, n'en eſt pas néanmoins créancier *totaliter*, ſi ſur la demande de toute la choſe que l'un de mes héritiers aura donnée contre le débiteur, ce débiteur, faute d'exécuter ſon obligation, eſt condamné en des dommages & intérêts, il ne

pourra l'être envers cet héritier, que pour la part dont il eſt héritier ; car quoique créancier de toute la choſe, il n'en eſt néanmoins créancier que comme mon héritier pour partie. S'il a droit de demander toute la choſe, c'eſt que la choſe ne peut être demandée pour partie, n'en étant pas ſuſceptible; mais l'obligation de cette choſe indiviſible ſe convertiſſant par l'inexécution, en une obligation de dommages & intérêts, laquelle eſt diviſible, mon héritier, pour partie, ne peut prétendre dans leſdits dommages & intérêts, que la part pour laquelle il eſt héritier ; *l.* 25, §. 9, ff. *fam. erciſc.*

En cela les héritiers du créancier d'une dette indiviſible, ſont différens des créanciers ſolidaires qu'on appelle *correi credendi ;* chacun de ceux-ci étant créancier, non-ſeulement de toute la choſe due, mais l'étant *totaliter* : ſi ſur la demande du créancier le débiteur ne remplit pas ſon obligation, il doit être condamné envers lui en total, aux dommages & intérêts.

327. De ce que l'héritier pour partie d'une dette indiviſible, quoique créancier de toute la choſe, ne l'eſt pas néanmoins *totaliter ;* il s'enſuit auſſi qu'il ne peut pas faire remiſe en entier de la dette, comme le pourroit un créancier ſolidaire ; *l.* 13, §. 12, ff. *de accept.*

C'eſt pourquoi ſi le créancier d'une dette indiviſible a laiſſé deux héritiers, & que l'un d'eux ait fait remiſe au débiteur de la dette en ce qui le concerne, le débiteur ne ſera pas libéré envers l'autre. Néanmoins cette remiſe aura effet : l'autre héritier pourra, à la vérité, demander au débiteur la choſe entiere ; mais il ne le pourra, qu'en offrant de lui faire raiſon de la moitié de l'eſtimation de cette choſe : car la choſe due, quoiqu'indiviſible en ſoi, a néanmoins une eſtimation, laquelle eſt diviſible, & à laquelle on peut en ce cas avoir recours ; c'eſt une modification que reçoit en ce cas l'indiviſibilité de la dette.

Il ne ſuffiroit pas au débiteur d'offrir à celui qui n'a pas remis ſon droit, la moitié du prix de la choſe due; car cet héritier eſt créancier de la choſe même, & ſon cohéritier en faiſant remiſe de ſon droit, n'a pu préjudicier à celui de cet héritier. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, *Tr. de div. & ind.* p. 3, *n.* 189, *ſtipulator ſervitutis reliquit duos heredes quorum unus accepto fecit promiſſori.... debet alteri heredum totam ſervitutem ſed non totaliter, utpote deducendâ æſtimatione dimidiæ partis.... ſed cujus eſt electio ? breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo & pretium recipiendo nocere non potuit, niſi in refuſione pretii, ſi hic heres noluit jus ſuum vendere ; igitur gratis remittendo non poteſt in plus nocere.*

328. La même choſe doit avoir lieu, lorſque le débiteur eſt devenu héritier pour moitié du créancier; l'autre lui demandera la choſe entiere, en offrant de lui faire raiſon de la moitié de l'eſtimation.

329. Tout ce que nous avons dit de pluſieurs héritiers du créancier d'une dette indiviſible, reçoit application à l'égard de pluſieurs créanciers non ſolidaires envers qui une pareille dette auroit été contractée.

§. III.

De l'effet des obligations indiviſibles in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du Débiteur.*

330. Lorſque la dette eſt indiviſible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la choſe entiere, il en réſulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la choſe entiere; mais comme il n'en eſt pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'eſt que comme héritier en partie du débiteur, & conjointement avec ſes cohéritiers, il ſuit de-là qu'étant aſſigné, il peut demander un délai pour appeller & mettre en cauſe ſes cohéritiers, & qu'il ne doit être condamné ſeul, que faute par lui de les avoir appellés en cauſe. Dumoulin fonde cette déciſion ſur la Loi 11, §. 23, ff. *de leg.* 3°. *Si in opere civitatis faciendo relictum ſit, unumquemque heredem in ſolidum teneri D. Marcus & Verus Proculæ reſcripſerunt: tempus tamen coheredi Proculæ, quem Procula vocari deſideravit, ut ſecum curaret opus fieri, præſtiterunt, intrà quod mittat ad opus faciendum, poſtquam ſolam Proculam voluerunt facere, imputaturam ſumptum coheredi;* Dumoulin, *p.* 3, *n.* 90, & 104; & *p.* 2, *n.* 469, & *ſeq.*

En cela ces cohéritiers ſont différens des coobligés ſolidairement, qu'on appelle *Correi debendi*, leſquels doivent chacun *totam rem & totaliter*, & ne ſont pas reçus par conſéquent (ſi ce n'eſt par grace qui, à la vérité, s'accorde toujours) à demander délai pour mettre leurs coobligés en cauſe, mais ſont obligés de payer auſſi-tôt qu'ils ſont interpellés, & ne peuvent demander autre choſe au créancier, que la ceſſion de ſes actions contre leurs coobligés, lorſqu'ils l'auront payé. Dumoulin établit cette différence, *p.* 3, *n.* 107.

331. Il y a plus: lorſque l'héritier qui eſt aſſigné par le créancier d'une dette indiviſible, n'eſt héritier que pour une petite partie, & qu'il y a un héritier pour une plus grande partie; *putà*, ſi dans les Coutumes d'Anjou, de Touraine & autres ſemblables, le créancier aſſignoit un puîné qui n'eſt héritier que pour une petite partie, l'aîné noble étant héritier principal, en ce cas l'héritier aſſigné, non-ſeulement peut demander délai pour aſſigner ſes cohéritiers; mais il peut demander que ce ſoit le créancier lui-même, qui appelle en cauſe ce principal héritier, aux offres que le puîné fera de contribuer à ce qui eſt demandé; *Molin. ibid. n.* 105.

Au ſurplus, ſur l'effet de l'obligation indiviſible *in dando vel in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur, il faut diſtinguer avec Dumoulin trois cas: ou cette dette eſt de nature à ne pouvoir être acquittée que par le ſeul des héritiers du débiteur qui eſt aſſigné, ou elle eſt de nature à pouvoir être acquittée ſéparément, ſoit par celui qui eſt aſſigné, ſoit par chacun de ſes cohéritiers, ou elle eſt de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement.

On peut apporter pour exemple du premier, la dette d'une ſervitude de vue ou de paſſage que le défunt a promis d'impoſer ſur un de ſes héritages, qui eſt tombé par le partage à l'un de ſes héritiers: il n'y a que cet héritier à qui cet héritage eſt tombé par le partage, qui puiſſe acquitter cette dette, parce qu'une

qu'une ſervitude ne peut être impoſée que par le propriétaire de l'héritage; en ce cas il ſera ſeul condamné à la preſtation du droit de ſervitude, & il pourra être contraint à l'impoſer par une ſentence qui ordonnera que faute par lui de l'impoſer, la ſentence vaudra pour titre de conſtitution de la ſervitude; *Molin. p.* 3, *n.* 100; ſauf à lui ſon recours ou indemnité contre ſes cohéritiers, s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette.

333. On peut apporter pour premier exemple du ſecond cas, la dette d'une pareille ſervitude que le défunt ſe ſeroit engagé de faire avoir à quelqu'un ſur l'héritage d'un tiers: la choſe qui fait l'objet de cette obligation eſt une choſe indiviſible, & qui de ſa nature peut être acquittée ſéparément par chacun des héritiers du débiteur; car c'eſt une choſe poſſible à chacun d'eux, au moins *naturâ* de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, ſur lequel le défunt a promis à ſon créancier de lui faire avoir un droit de ſervitude: le créancier pourra donc demander ce droit de ſervitude pour le total à chacun des héritiers du débiteur, puiſque ce droit étant indiviſible, chacun d'eux eſt tenu de la dette pour le total; mais comme cet héritier, quoique débiteur de ce droit de ſervitude pour le total, n'en eſt pas néanmoins tenu *totaliter*, & qu'il en eſt tenu conjointement avec ſes coheritiers, il peut demander délai pour les mettre en cauſe, pour que lui & ſes héritiers conjointement faſſent avoir au créancier le droit de ſervitude qui lui eſt dû; ou que faute de le lui faire avoir, ils ſoient tous condamnés aux dommages & intérêts du créancier: y étant tous condamnés, ils n'en ſeront tenus que pour leurs parts, parce que cette obligation de dommages & intérêts eſt diviſible.

Que s'il néglige d'appeller ſes cohéritiers, & qu'il demeure ſeul en cauſe, il ſera condamné ſeul à faire avoir au demandeur le droit de ſervitude qui lui a été promis par le défunt; & à faute de ce, il ſera condamné ſeul aux dommages & intérêts, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers; *Molin. p.* 2, *n.* 175. Car ayant négligé de les appeller en cauſe, il doit ſeul ſubir la condamnation: il eſt tenu en ce cas *quaſi ex facto proprio* pour s'être chargé ſeul de la cauſe, *& non tantùm quaſi heres.*

Obſervez que cette condamnation de dommages & intérêts doit avoir lieu, quand même les héritiers de celui qui a promis cette ſervitude, ſeroient prêts de l'acheter du propriétaire de l'héritage, ſur lequel le défunt a promis de la faire impoſer, & que ce propriétaire ne voudroit pas, à quelque prix que ce fut, l'accorder: car, comme nous l'avons déja vu ailleurs, il ſuffit que ce qui a été promis, ſoit en ſoi poſſible, quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir du défunt qui l'a promis, & de ſes héritiers, pour que l'obligation ſoit valable, & donne lieu par ſon inexécution à des dommages & intérêts; celui qui a contracté l'obligation, doit s'imputer de s'être fait fort de ce tiers témérairement.

Un ſecond exemple, eſt l'obligation que j'aurois contractée envers quelqu'un de lui faire bâtir un certain édifice ſur ſon terrein. Cette obligation eſt indiviſible; le créancier peut conclure contre chacun de mes héritiers, à ce qu'il ſoit condamné à faire l'édifice entier; mais comme chacun de mes héritiers, quoique débiteur de toute la conſtruction de l'édifice, n'en eſt pas néanmoins débiteur ſolidaire, il a droit de requérir que ſes cohéritiers ſoient mis en cauſe; & étant tous en cauſe, faute par eux de remplir l'obligation, ils ſeront con-

damnés aux dommages & intérêts, chacun ſeulement pour ſa part héréditaire.

Au reſte, ceux qui étoient prêts d'y concourir ne ſeront pas moins condamnés que ceux qui refuſeroient de le faire, ſauf leur recours entr'eux; parce que chacun d'eux eſt obligé à conſtruire l'édifice entier, & que c'eſt une choſe que chacun d'eux peut ſéparément faire.

Si l'un de mes héritiers aſſigné pour la conſtruction entiere de l'édifice, ne faiſoit pas mettre en cauſe ſes cohéritiers, il pourroit être condamné ſeul aux dommages & intérêts pour le total en cas d'inexécution de l'obligation : c'eſt ſa faute de n'avoir pas mis en cauſe ſes cohéritiers.

334. Il reſte à parler du troiſieme cas auquel la dette indiviſible ne peut être acquittée que conjointement par tous les obligés. On peut apporter pour exemple le cas auquel quelqu'un, par une tranſaction, s'eſt obligé envers vous de vous conſtituer ſur ſon héritage un droit de paſſage pour aller au vôtre, par l'endroit de ſon héritage qu'il vous indiqueroit: ſi cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, eſt mort, & a laiſſé pluſieurs héritiers entre leſquels cet héritage eſt commun, l'obligation d'impoſer le droit de paſſage à laquelle ils ſuccedent, eſt une obligation indiviſible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous leſdits héritiers, un droit de ſervitude ne pouvant être impoſé ſur un héritage que par tous ceux qui en ſont les propriétaires; *L.* 2, ff. *de ſerv.*; *L.* 18, ff. *comm. Præd.*

Dans le cas de cette eſpece d'obligation, ſi l'un des héritiers déclare qu'il eſt prêt, autant qu'il eſt en lui, d'accomplir l'obligation, & qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle ſoit accomplie, il n'y a que celui qui refuſe, qui doit être condamné aux dommages & intérêts réſultans de l'inexécution; car celui qui offre n'eſt pas en demeure; *Molin. ibid. p.* 3, *n.* 95.

S'il y avoit eu une peine ſtipulée, en cas d'inexécution de l'obligation, le coobligé ou le cohéritier qui n'avoit pas été en demeure, ne laiſſeroit pas d'être ſujet pour ſa part à la peine, par la demeure de l'autre; *non immediatè, ſed ejus occaſione, & tanquam ex conditionis eventu*, de même que dans les obligations diviſibles, ſauf ſon recours contre ſon coobligé.

335. Obſervez que la Loi 25, §. 10, ff. *fam. erc.* ne contient rien de contraire à toutes les diſtinctions que nous avons faites juſqu'à préſent : car, comme le remarque Dumoulin, *p.* 3, *n.* 99, ce texte ne ſuppoſe pas que l'héritier pour partie du débiteur d'une choſe indiviſible, ſoit toujours & indiſtinctement tenu d'en payer l'eſtimation pour le total, en cas d'inexécution; mais il décide ſeulement que dans le cas auquel il en ſeroit tenu, *putà* lorſqu'il s'eſt laiſſé condamner ſans appeller ſes cohéritiers qui en étoient tenus comme lui, il a contre eux l'action *familiæ erciſcundæ*, pour s'en faire faire raiſon au partage.

§. VI.

De l'effet des obligations indiviſibles in non faciendo.

336. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé envers un autre à ne pas faire quelque choſe, ſi ce qu'il s'eſt obligé à ne pas faire eſt quelque choſe d'indiviſible, *putà* s'il s'eſt obligé envers ſon voiſin à ne le point empêcher de paſſer par ſes héri-

tages, la contravention faite par un ſeul de ſes héritiers donne ouverture à l'action du créancier contre tous les héritiers, pour qu'il leur ſoit fait des défenſes, & qu'ils ſoient condamnés en ſes dommages & intérêts; avec cette différence que celui qui a fait la contravention y doit être condamné pour le total, *quia non tenetur tantùm tanquam heres, ſed tanquam ipſe & ex facto proprio;* & que les autres héritiers doivent être condamnés ſeulement pour la part pour laquelle ils ſont héritiers, & ſauf leur recours contre celui qui a fait la contravention, pour qu'il ſoit tenu à payer à leur décharge, ou à les indemniſer s'ils ont été contraints de payer. Ils ne ſont pas tenus ſolidairement comme celui qui a contrevenu, mais ſeulement pour leur part héréditaire; *quia tenentur tantùm ut heredes.* C'eſt en ce ſens que Dumoulin enſeigne qu'on doit entendre la Loi 2, §. 5, ff. *de verb. oblig. Si ſtipulatus fuero per te non fieri, neque per heredem tuum quominùs mihi ire agere liceat, & unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur & coheredes ejus, ſed familiæ erciſcundæ repetent ab eo quod præſtiterint*; Dumoulin, *p.* 3, *n.* 168, *& ſeq.*

Au reſte, vis-à-vis du créancier, ceux qui n'ont point contrevenu, ſont tenus pour leur part de la contravention de leur cohéritier, & en cela les obligations *in non faciendo* different des obligations *in faciendo* : car lorſque l'obligation conſiſte à faire quelque choſe d'indiviſible, qui ne peut ſe faire ſéparément par chacun des deux héritiers du débiteur, mais qui doit être fait par les deux enſemble, & que l'un des deux ſe préſente pour le faire, tandis que l'autre ſe refuſe de concourir, nous avons vu ci-deſſus, *n.* 334, que ſuivant le ſentiment de Dumoulin le créancier n'avoit point d'action contre celui qui n'étoit point en demeure, mais ſeulement contre celui qui avoit refuſé.

La raiſon de différence, eſt que c'eſt la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo* : d'où il ſuit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui eſt prêt, *quantùm in ſe eſt*, à remplir l'obligation, & qui n'eſt point par conſéquent en demeure. Au contraire dans les obligations *in non faciendo*, c'eſt le fait même dont le débiteur a promis que lui & ſes héritiers s'abſtiendroient, qui donne lieu à l'action du créancier : c'eſt pourquoi il ſuffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous : on doit ſuppoſer que telle a été l'intention des contractans ; parce qu'autrement celui envers qui le débiteur s'eſt obligé de ne pas faire quelque choſe, n'auroit pas ſes ſûretés, & il arriveroit que ſouvent lorſqu'on auroit fait ce qu'il a été ſtipulé qu'on ne feroit pas, il ne pourroit agir contre perſonne, faute de ſçavoir qui l'auroit fait, n'étant pas ſouvent facile, lorſqu'une choſe eſt faite, de ſçavoir par qui elle a été faite; au-lieu que dans les obligations qui conſiſtent à faire quelque choſe, on ne peut ignorer celui qui eſt en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui eſt faite.

Dumoulin, *part.* 1, *n.* 27, donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de diſcuſſion par laquelle ils peuvent obliger le créancier à diſcuter préalablement à leurs riſques celui qui a contrevenu.

CHAPITRE V.

Des Obligations pénales.

337. L'OBLIGATION pénale eſt, comme nous l'avons déja vu, celle qui naît de la clauſe d'une convention, par laquelle une perſonne, pour aſſurer l'exécution d'un premier engagement, s'engage par forme de peine à quelque choſe, en cas d'inexécution de cet engagement. Par exemple, ſi vous m'avez prêté un cheval pour faire un voyage, que je me ſuis obligé de vous rendre ſain & ſauf, & de vous payer cinquante piſtoles ſi je ne vous le rendois pas ſain & ſauf, cette obligation que je contracte de vous payer cinquante piſtoles, au cas que je ne vous le rende pas, eſt une obligation pénale.

Pour traiter cette matiere avec ordre, après avoir expoſé dans le premier article les principes généraux ſur la nature des obligations pénales, nous verrons dans le ſecond quand il y a ouverture à la peine : nous examinerons dans le troiſieme ſi le débiteur peut, en s'acquittant pour partie de ſon obligation, éviter la peine pour partie : nous diſcuterons dans le quatrieme, ſi la peine eſt encourue pour le total, & par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux ; & dans le cinquieme, ſi la contravention faite envers l'un des héritiers du créancier, fait encourir la peine pour le total, & envers tous leſdits héritiers.

ARTICLE PREMIER.

De la nature des obligations pénales.

PREMIER PRINCIPE.

338. L'obligation pénale étant par ſa nature, acceſſoire à une obligation primitive & principale, la nullité de celle-ci entraîne celle de l'obligation pénale. La raiſon eſt qu'il eſt de la nature des choſes acceſſoires de ne pouvoir ſubſiſter ſans la choſe principale ; *quum cauſa principalis non conſiſtit, ne ea quidem quæ ſequuntur locum obtinent ;* L. 129, §. 1, ff. *de regul. jur.* D'ailleurs l'obligation pénale étant l'obligation d'une peine ſtipulée en cas d'inexécution de l'obligation primitive, ſi l'obligation primitive n'eſt pas valable, l'obligation pénale ne peut avoir lieu, parce qu'il ne peut pas y avoir de peine de l'inexécution d'une obligation, qui, n'étant pas valable, n'a pu ni dû être exécutée.

La Loi 69, ff. *de verb. oblig.* contient un exemple de notre déciſion : vous m'aviez promis de me donner ou de me repréſenter un certain eſclave que vous ignoriez être mort, & de me payer une certaine ſomme par forme de peine, en cas que vous manquaſſiez, ou de me le donner ou de me le repréſenter. Ulpien décide que l'obligation de la peine n'eſt pas plus valable que

l'obligation principale, qui, étant l'obligation d'une choſe impoſſible, ne peut pas valoir. *Si homo mortuus ſiſti non poteſt, nec pœna rei impoſſibilis committetur, quemadmodum ſi quis Stichum mortuum dare ſtipulatus, ſi datus non eſſet, pœnam ſtipuletur.*

339. Ce principe que la nullité de l'obligation primitive entraîne celle de l'obligation pénale, reçoit exception dans le cas d'une obligation à l'accompliſſement de laquelle celui envers qui elle a été contractée, n'a aucun intérêt appréciable ; *putà cùm quis alteri ſtipulatus eſt.* Nous avons vu ci-deſſus, *n.* 54, que cette obligation étoit nulle ; néanmoins l'obligation pénale qui y eſt ajoutée eſt valable : *alteri ſtipulari nemo poteſt. . . . . Plàne ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſicut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei cujus nihil intereſt, &c.* Inſtit. Tit. de inut. ſtip. §. 18. La raiſon eſt que l'obligation principale n'eſt nulle en ce cas que parce que le débiteur y peut impunément contrevenir, celui envers qui elle a été contractée n'ayant en ce cas aucuns dommages & intérêts à prétendre en cas d'inexécution : l'obligation pénale qui eſt ajoutée purge ce vice, en empêchant le débiteur d'y pouvoir contrevenir impunément.

Pareillement, quoiqu'on ne puiſſe pas promettre valablement le fait d'autrui, l'obligation pénale ajoutée à une convention par laquelle quelqu'un a promis le fait d'un tiers, eſt valable ; parce que la clauſe pénale fait voir que celui qui a promis n'avoit pas ſimplement intention de promettre le fait de ce tiers, mais de ſe faire fort de ce tiers ; & par conſéquent il a promis *non de alio, ſed de ſe* ; ſuprà, *n.* 56.

Frain, en ſon Recueil d'Arrêts du Parlement de Bretagne, en rapporte un du 12 Janvier 1621, qui a jugé ſuivant ce principe. Le parent d'un Chanoine qui avoit offenſé l'Evêque de Saint-Malo, avoit promis à l'Evêque que le Chanoine pendant quatre mois ne paroîtroit pas dans la ville, & s'étoit obligé à payer, en cas de contravention, une ſomme de 300 liv. Le cas étant arrivé, la convention fut jugée valable, & la peine encourue.

Second Principe.

340. La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive. La raiſon eſt que l'acceſſoire ne peut, à la vérité, ſubſiſter ſans le principal, mais le principal ne dépend pas de l'acceſſoire, & peut ſubſiſter ſans lui. C'eſt ce que décide la Loi 97, ff. *de verb. oblig. Si ſtipulatus ſum te ſiſti, niſi ſiſteris hyppocentaurum dari, perinde erit atque ſi te ſiſti ſolummodo ſtipulatus eſſem* ; & comme dit Paul en la Loi 126, §. 3, *dict. tit. Detractâ primâ ſtipulatione, prior manet utilis.*

Troisieme Principe.

341. L'obligation pénale a pour fin d'aſſurer l'exécution de l'obligation principale.

Delà on doit conclure que la vue des contractans n'a point été d'éteindre ni de réſoudre par l'obligation pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans l'obligation pénale ; L. 122, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

C'eſt pourquoi, quoiqu'il y ait eu ouverture à l'obligation pénale, par la

demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine ſtipulée, pourſuivre l'exécution de l'obligation principale; L. 28, ff. *de act. empt.*; L. 122, §. 2, ff. *de verb. oblig. & paſſim.*

C'eſt pourquoi, lorſqu'en ſtipulant une certaine ſomme en cas d'inexécution d'une premiere obligation, l'intention des parties a été que dans le cas, auſſitôt que le débiteur auroit été mis en demeure de ſatisfaire à la premiere obligation, il ne fût plus dû autre choſe que la ſomme convenue, une telle ſtipulation n'eſt pas une ſtipulation pénale; l'obligation qui en réſulte n'eſt pas une obligation *pénale*, mais une obligation auſſi principale qu'étoit la premiere, dont les parties ont eu intention de faire novation : c'eſt de cette eſpece dont il eſt parlé dans la Loi 44, §. *fin.* ff. *de obl. & act.*

Sur la queſtion de ſçavoir quand on doit eſtimer que les parties ont eu cette intention de faire novation, *Voyez ce qui en eſt dit* infrà, *part.* 3, *chap.* 2, *art.* 4, §. 2.

Quatrieme Principe.

342. Cette peine eſt ſtipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle eſt par conſéquent compenſatoire des dommages & intérêts qu'il ſouffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ſuit delà qu'il doit en ce cas choiſir, ou de pourſuivre l'exécution de l'obligation principale, ou la peine : qu'il doit ſe contenter de l'une ou de l'autre, & qu'il ne peut pas exiger les deux.

Néanmoins comme l'obligation pénale ne peut donner aucune atteinte à l'obligation principale ; ſi la peine que le créancier a perçue pour l'inexécution de l'obligation principale, ne le dédommageoit pas ſuffiſamment, il ne laiſſeroit pas, quoiqu'il ait perçu cette peine, de pouvoir demander les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant & tenant compte ſur leſdits dommages & intérêts, de la peine qu'il a déja perçue : c'eſt la déciſion des Loix 28, ff. *de act. empt.* 41 & 42, ff. *pro ſocio.*

Au reſte, le Juge ne doit pas être facile à écouter le créancier qui prétend que la peine qu'il a perçue ne le dédommage pas ſuffiſamment de l'inexécution de la convention : car les parties ayant par la fixation de la peine, réglé & fixé elles-mêmes les dommages & intérêts qui réſulteroient de l'inexécution de la convention, le créancier en demandant de plus gros dommages & intérêts, ſemble revenir contre une eſtimation qu'il a faite lui-même, en quoi il ne paroît pas recevable, à moins qu'il n'eût la preuve à la main que le dommage par lui ſouffert excede la peine convenue, comme dans cette eſpece ; ſi un marchand m'a prêté ſa voiture, à la charge que je la lui rendrois un certain jour, auquel il en auroit beſoin pour mener ſes marchandiſes à une certaine foire, à peine de trente livres, faute de la lui rendre au jour indiqué ; ce marchand à qui j'ai promis de la rendre, peut ne ſe pas contenter de cette ſomme de trente livres, s'il a la preuve à la main qu'il a été obligé d'en louer une pour cinquante livres, & que le prix commun des voitures pour

aller à cette foire, étoit de la ſomme de cinquante livres, dans le temps auquel je devois lui rendre la ſienne.

343. De même que la clauſe pénale n'ôte point à celui qui a ſtipulé la peine, l'action qui naît de l'engagement principal, de même elle ne lui ôte point non plus les exceptions & fins de non-recevoir qui en pourroient réſulter.

Par exemple, ſi je ſuis convenu avec un mineur devenu majeur, qu'il ne reviendroit point contre la vente d'un héritage qu'il m'a faite en minorité, & que j'aie ſtipulé de lui par forme de peine une certaine ſomme, au cas qu'il contrevînt à la convention, s'il vient par la ſuite à m'aſſigner en entérinement de lettres de reſciſion contre cette aliénation, la clauſe pénale inſérée dans notre traité n'empêchera pas que je ne puiſſe oppoſer contre ſa demande la fin de non-recevoir qui réſulte de l'engagement principal qu'il a contracté dans notre traité, de ne point revenir contre cette aliénation. Mais comme celui qui a ſtipulé la peine ne peut pas percevoir & la peine & ce qui eſt renfermé dans l'engagement principal, ſi j'uſe de la fin de non-recevoir, & que je la faſſe déclarer non-recevable, je ne pourrai plus exiger de lui la peine que j'ai ſtipulée; & *vice versâ*, ſi j'ai exigé de lui la peine, je ne pourrai pas uſer de la fin de non-recevoir. C'eſt ce qui réſulte de la Loi 10, §. 1, ff. *de pact.*

La déciſion de cette Loi n'a rien de contraire à celle de la Loi 122, §. 6, ff. *de verb. oblig.* rapportée *infrà* en l'article ſuivant, *n.* 348. Lorſque j'ai eu convention ſous une certaine peine, avec vous devenu majeur, que vous ne reviendriez pas contre la vente d'un héritage que vous m'aviez faite en minorité, l'objet de cette convention eſt de me procurer la libération d'une action reſciſoire que vous aviez effectivement contre moi: c'eſt pourquoi, lorſqu'en vous oppoſant la fin de non-recevoir qui réſulte de cette convention, & en vous faiſant en conſéquence déclarer non-recevable dans votre action, je me ſuis procuré la libération de cette action, je ne puis plus vous demander la peine, autrement j'aurois tout-à-la-fois & la choſe & la peine, ce qui ne peut pas être: telle eſt l'eſpece de la Loi 10, §. 1, ff. *de pact.* que nous venons de rapporter; celle de la Loi 122, qui nous eſt oppoſée, eſt très-différente. Après un partage qui eſt par lui-même valable, & non ſujet à aucune action reſciſoire, dans la crainte d'eſſuyer un procès, quoique mal fondé, nous ſommes convenus ſous une certaine peine de ne pas revenir contre: l'objet de cette convention n'eſt pas comme dans l'eſpece précédente, de me procurer la libération de quelque action reſciſoire que vous euſſiez contre ce partage, puiſque vous n'en aviez aucune; le ſeul objet de cette convention eſt de ne pas eſſuyer un procès: c'eſt pourquoi, ſi vous m'en avez fait un, quoique j'aie obtenu le congé de votre demande, il y aura lieu à la peine; car la ſeule choſe qui faiſoit l'objet de notre convention, étant de ne pas eſſuyer un procès, quoique mal fondé, m'en ayant fait eſſuyer un, il eſt vrai de dire que vous m'avez privé de ce qui faiſoit l'objet de notre convention; d'où il ſuit qu'il y a lieu à la peine.

344. Notre regle, que le créancier ne peut avoir tout-à-la-fois le principal & la peine, ſouffre exception, non-ſeulement lorſqu'il eſt dit expreſſément

dans la cauſe pénale, que faute par le débiteur d'accomplir ſon obligation dans un certain temps, la peine ſera encourue & due, ſans préjudice de l'obligation principale, ce qui s'exprimoit par ces termes, *rato manente pacto*, L. 16, ff. *de tranſ.*; mais même toutes les fois qu'il paroît que la peine eſt ſtipulée pour réparation de ce que le créancier doit ſouffrir, non de l'inexécution abſolue de l'obligation, mais du ſimple retard dans l'exécution de l'obligation; car en ce cas le créancier qui a ſouffert du retard, peut recevoir le principal & la peine.

Cinquieme Principe.

345. La peine ſtipulée en cas d'inexécution d'une obligation peut, lorſqu'elle eſt exceſſive, être réduite & modérée par le Juge.

Ce principe eſt tiré d'une déciſion de Dumoulin, en ſon Traité *de eo quod intereſt*, *n.* 159 *& ſeq.* il le fonde ſur ce que la nature de la peine eſt de tenir lieu des dommages & intérêts qui pourroient être prétendus par le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation : donc, dit-il, de même que lorſque le créancier fait monter à une ſomme exceſſive les dommages & intérêts qu'il prétend ſouffrir de l'inexécution de l'obligation, le Juge doit la réduire, & que la Loi unique, *Cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt prof.* ne permet pas qu'elle excede le double de la valeur de la choſe qui a fait l'objet de l'obligation primitive; de même lorſque la peine ſtipulée, au-lieu de dommages & intérêts eſt exceſſive, elle doit être réduite : car cette peine peut bien à la vérité excéder la ſomme à laquelle montent les dommages & intérêts, & être même due dans le cas auquel le créancier n'en ſouffriroit aucuns, parce qu'elle eſt ſtipulée pour éviter la diſcuſſion du fait, ſi le créancier a ſouffert effectivement, & à combien monte ce qu'il a ſouffert; mais tenant lieu des dommages & intérêts du créancier, il eſt contre ſa nature qu'elle puiſſe être portée au-delà des bornes que la Loi preſcrit aux dommages & intérêts. Si la Loi ci-deſſus citée les reſtreint, & ne permet pas qu'ils ſoient prétendus *ultrà duplum*, même dans le cas auquel l'inexécution du contrat auroit effectivement cauſé une plus grande perte au créancier, qui par ce moyen ſe trouve *verſari in damno*, à plus forte raiſon on doit modérer la peine exceſſive à laquelle le débiteur s'eſt témérairement ſoumis, lorſque le créancier n'a pas ſouffert de perte, ou qu'il n'en a ſouffert qu'une beaucoup au-deſſous de la peine ſtipulée; & par conſéquent dans le cas auquel *certat de lucro captando*. Enfin Dumoulin ſe fonde ſur le texte de ladite Loi *un. Cod. de ſent. pro eo quod intereſt*, *&c.* qui dans la généralité de ſes termes, paroît comprendre *intereſſe conventionale* auſſi-bien que toute autre eſpece de dommages & intérêts.

Azon a été d'une opinion contraire à celle de Dumoulin, & il décide qu'une peine conventionnelle ſtipulée par forme de dommages & intérêts, n'eſt ſujette à aucune modération. On peut dire pour ſon ſentiment qu'il y a une différence entre l'intérêt conventionnel, & les dommages & intérêts qui ne ſont pas réglés par le contrat : à l'égard de ceux-ci, il eſt bien vrai que le débiteur en contractant l'obligation primitive, eſt cenſé avoir contracté l'obligation ſecondaire des dommages & intérêts qui réſulteroient de l'inexécution de l'obligation primitive; mais il y a lieu de préſumer qu'il n'a pas entendu s'obliger *in immenſum*

immenſum aux dommages & intérêts, mais ſeulement *intrà juſtum modum*, & juſqu'à concurrence de la ſomme à laquelle il étoit vraiſemblable qu'ils puſſent monter ; mais on ne peut pas dire la même choſe de l'intérêt conventionnel, car *ubi eſt evidens voluntas, non relinquitur præſumptioni locus.* Quelqu'exceſſive que ſoit la ſomme ſtipulée par forme de peine, en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut diſconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorſque la clauſe du contrat eſt expreſſe. Nonobſtant ces raiſons, la déciſion de Dumoulin paroît plus équitable. Lorſqu'un débiteur ſe ſoumet à une peine exceſſive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de préſumer que c'eſt la fauſſe confiance qu'il a, qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à ſe ſoumettre à une peine auſſi exceſſive, qu'il croit ne s'engager à rien en s'y ſoumettant, & qu'il eſt dans la diſpoſition de ne s'y pas ſoumettre, s'il croyoit que le cas de cette peine pût arriver ; qu'ainſi le conſentement qu'il donne à l'obligation d'une peine auſſi exceſſive, étant un conſentement fondé ſur une erreur & ſur une illuſion qu'il ſe fait, n'eſt pas un conſentement valable : c'eſt pourquoi ces peines exceſſives doivent être réduites à la valeur vraiſemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages & intérêts du créancier réſultans de l'inexécution de l'obligation primitive. Cette déciſion doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité qui doit régner dans ces contrats ne permettant pas que l'une des parties profite & s'enrichiſſe aux dépens de l'autre : il ſeroit contraire à cette équité que le créancier s'enrichît aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop exceſſive & trop manifeſtement au-deſſus de ce qu'il a ſouffert de l'inexécution de l'obligation primitive. La déciſion doit pareillement avoir lieu dans les donations, *cùm nemini ſua liberalitas debeat eſſe captioſa.*

Le texte des Inſtituts au titre *de inut. ſtip.* §. 20, non plus que la Loi 38, §. 17, ff. *de verb. oblig.* ne décident rien contre la déciſion de Dumoulin : car de ce qu'il y eſt dit, *pœnam cùm quis ſtipulatur, non inſpicitur quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis*, il s'enſuit ſeulement que la peine peut être due, quoique celui qui l'a ſtipulée ne ſouffre rien de l'inexécution de l'obligation primitive, ou ſouffre moins ; mais il ne s'enſuit nullement que cette peine puiſſe être immenſe, & n'avoir aucune proportion avec ce qui fait l'objet de l'obligation primitive.

A l'égard de la Loi 56, *de Evict.* qui ſuppoſe qu'on peut ſtipuler dans un contrat de vente la reſtitution du triple ou même du quadruple du prix en cas d'éviction, on y répond différemment. Noodt prétend que les mots *triplum aut quadruplum* ſont un mauvais gloſſeme qui n'eſt pas du texte, & qui en doit être retranché. Dumoulin, *ibid. n.* 167, *& ſeq.* répond mieux, en diſant qu'il n'eſt pas queſtion dans cette Loi de ce qu'on peut valablement ſtipuler en cas d'éviction, & qu'ainſi on ne doit pas en conclure qu'on puiſſe toujours & indiſtinctement dans tous les contrats de vente ſtipuler valablement la reſtitution du triple ou du quadruple du prix en cas d'éviction ; qu'on en doit ſeulement conclure que cette ſtipulation peut avoir lieu quelquefois dans les contrats de vente ; & ces cas ſont ceux dans leſquels une choſe a été vendue non purement & ſimplement, mais dans les circonſtances d'un riſque de ſouffrir

par l'acheteur une groſſe perte dans ſes autres biens, en cas d'éviction de la choſe vendue, lequel riſque a été prévu & connu par les parties contractantes, comme dans cette eſpece : je vends à un Marchand, un peu avant le temps de la Foire, une loge avec déclaration par le contrat que c'eſt pour y mettre ſes marchandiſes ; le riſque que court l'acheteur en cas d'éviction dans le temps de la Foire de ne plus trouver de loge dans la Foire à acheter ni à louer, & par conſéquent de ne pouvoir débiter ſes marchandiſes, eſt le riſque d'un dommage prévu au temps du contrat par les contractans, qui peut ſurpaſſer de beaucoup le prix de la loge, & auquel le vendeur ſe ſoumet : c'eſt pourquoi dans ce cas, les dommages & intérêts qui ne ſeroient pas fixés par le contrat pourroient être eſtimés au-delà du double, du triple & du quadruple du prix de la choſe vendue. Pareillement on peut dans le même cas ſtipuler une peine au-delà du double du prix de cette choſe, & la peine n'eſt pas en ce cas jugée exceſſive, pour n'avoir pas de proportion avec le prix de la choſe vendue, pourvu qu'elle en ait avec le dommage que l'acheteur a ſouffert de n'avoir pu débiter ſes marchandiſes, puiſque c'eſt pour tenir lieu de ce dommage, qu'elle a été ſtipulée.

346. Il reſte à obſerver que ſi la peine qui tient lieu de dommages & intérêts ordinaires, eſt réductible lorſqu'elle eſt exceſſive, à plus forte raiſon les peines ſtipulées en cas de défaut de paiement d'une ſomme d'argent ou autre choſe qui ſe conſomme par l'uſage doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entiérement rejettées, dans les cas auxquels il n'eſt pas permis d'en ſtipuler.

ARTICLE II.

Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'obligation pénale.

§. I.

Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque choſe.

347. Il eſt évident en ce cas qu'il y a ouverture à l'obligation pénale, & que la peine eſt due auſſi-tôt que celui qui s'étoit obligé ſous cette peine à ne pas faire quelque choſe, a fait ce qu'il s'étoit obligé de ne pas faire.

348. Eſt-il néceſſaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale, ait eu effet ? Cela dépend de l'intention qu'ont eu les parties.

Suppoſons qu'en fin d'un acte de partage ou de tranſaction que nous avons fait, nous nous ſommes promis réciproquement de ne pas revenir contre, ſous peine par le contrevenant de payer une certaine ſomme à l'autre ; depuis vous avez donné demande contre moi pour faire déclarer l'acte nul ; cette demande, quoiqu'elle n'ait pas eu d'effet, & que le congé en ait été prononcé, donne ouverture à la peine contre vous ; *arg.* L. 122, §. 6, ff. *de verb. oblig.* La raiſon eſt qu'en ſtipulant de vous, ſous une certaine peine, que vous ne reviendriez pas contre l'acte, ce que j'ai entendu n'étoit pas préciſément que vous ne porteriez aucune atteinte à cet acte, lequel étant valable par lui-même,

n'en étoit pas ſuſceptible, quand même je ne l'aurois pas ſtipulé; ce que j'ai entendu ſtipuler de vous, étoit plutôt que vous ne me feriez pas de procès: il ſuffit donc que vous m'ayez fait un procès, quoique vous y ayez ſuccombé, pour qu'il y ait ouverture à la peine. On ne peut pas dire en ce cas que dans cette eſpece je me fais payer tout-à-la-fois de l'obligation principale & de la peine, ce qui eſt contraire au quatrieme principe que nous avons établi en l'article précédent: car l'obligation principale que vous avez contractée envers moi de ne pas revenir contre l'acte, & à laquelle l'obligation pénale étoit attachée, avoit pour objet que vous ne me feriez pas de procès; je n'ai pas été ſatisfait, puiſque vous m'en avez fait eſſuyer un; je puis donc exiger la peine.

Au contraire, ſi j'ai ſtipulé de vous, ſous une certaine peine, que vous ne loueriez pas votre maiſon voiſine de celle que j'occupe, à aucun ouvrier ſe ſervant de marteau, le bail que vous en auriez fait à un Serrurier, s'il n'a pas été exécuté, ne donnera pas ouverture à la peine: car ce que je me ſuis propoſé en ſtipulant cela de vous, étoit que vous ne me cauſeriez pas l'incommodité du bruit que font ces ouvriers; le bail n'ayant pas été exécuté, ne m'a cauſé aucune incommodité, il ne doit donc pas donner lieu à la peine.

Par la même raiſon Papinien décide en la Loi 6, ff. *de ſerv. export.* que lorſqu'un eſclave a été vendu à condition que l'acheteur ne l'affranchiroit point, & ſous une certaine peine, s'il le faiſoit, l'acte nul d'affranchiſſement ne donne pas ouverture à la peine.

§. II.

Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'obligation de donner ou de faire quelque choſe.

349. En ce cas il y a ouverture à la peine, lorſque le débiteur a été mis en demeure de donner ou de faire ce qu'il a promis. Les Loix Romaines font une diſtinction, ſi la convention contient un terme préfix dans lequel le débiteur doit donner ou faire ce qui a été convenu, ou ſi elle n'en contient point: au premier cas elles décident que la peine eſt due de plein droit, auſſi-tôt que le terme eſt expiré, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il ait été fait aucune interpellation au débiteur, & qu'il ne pourroit pas en être déchargé, en offrant après l'expiration du terme, de ſatisfaire à l'obligation principale; L. 23, ff. *de obl. & act.*

L'expiration du terme paroiſſoit aux Juriſconſultes Romains tellement ſuffiſante pour donner ouverture à la peine ſans qu'il fût beſoin de conſtituer autrement en demeure le débiteur, qu'elle y donnoit ouverture, même dans le cas auquel le débiteur ſeroit mort auparavant, ſans laiſſer aucuns héritiers, & par conſéquent quoiqu'il ne ſe trouvât perſonne qui pût être conſtitué en demeure: c'eſt la déciſion de la Loi 77, ff. *de verb. oblig.*

Il y a plus; la Loi 113, ff. *de verb. oblig.* décide que lorſque l'obligation à laquelle la clauſe pénale a été ajoutée, conſiſte à faire dans un certain

terme quelque ouvrage dont la conſtruction exige un certain temps, la peine eſt due même avant l'expiration du terme, auſſi-tôt qu'il devient certain que l'ouvrage ne peut être fait dans le terme préfix ; de maniere que la prorogation du terme qui ſeroit depuis accordée au débiteur ne le déchargeroit pas de la peine encourue avant cette prorogation.

Au ſecond cas lorſque l'obligation de donner ou faire quelque choſe, ne contient aucune préfixation de terme, en ce cas la Loi 122, §. 2, décide qu'il n'y a ouverture à la peine que par la litis-conteſtation ſur la demande du créancier.

Selon nos uſages, ſoit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doive être accomplie, ſoit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement (1) une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, & pour donner en conſéquence ouverture à la peine.

Il nous reſte à obſerver qu'il ne peut y avoir lieu à la peine, lorſque c'eſt par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter de ſon obligation ; *l.* 122, §. 3, *de verb. oblig.*

ARTICLE III.

Si le Débiteur peut en s'acquittant par parties de ſon obligation, éviter la peine pour partie.

350. Un débiteur ne peut payer à ſon créancier, malgré lui, partie de ce qu'il lui doit, tant que ſon obligation, quoique diviſible, eſt encore indiviſée, ſuivant que nous le verrons *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 2. C'eſt pourquoi les offres qu'il feroit à ſon créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine ſtipulée en cas d'inexécution, ſi le créancier refuſe ce paiement partiel.

Mais ſi le créancier a volontairement reçu partie de ſa dette, y aura-t-il lieu à la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reſte à payer? Ulpien en la Loi 9, §. 1, ff. *Si quis caution. in jud.* décide qu'encore bien que ſelon la ſubtilité du Droit, il pût paroître que la peine doit en ce cas être encourue pour le total, néanmoins il eſt équitable qu'il ne le ſoit que pour la même part qui reſte à acquitter de l'obligation principale. La vraie raiſon de cette déciſion eſt celle que donne Dumoulin, & que nous avons ci-deſſus rapportée; ſçavoir, que la peine étant cenſée promiſe pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un & l'autre. Lors donc qu'il a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie ; autrement il recevroit l'un & l'autre, ce qui ne ſe doit pas. C'eſt la dixieme clef de Dumoulin dans ſon Traité *de divid. & indiv.* p. 3, n. 112 : *In omnibus ſive individuis, ſive dividuis pœna non committitur, niſi pro parte contraventionis efficacis, nec poteſt exigi cum principali ; ſed creditor non tenetur partem principalis, & partem pœnæ accipere.*

---

(1) J'ai dit *ordinairement* ; car il y a des cas auxquels la peine, auſſi-bien que les dommages & intérêts peuvent être encourus ſans interpellation, *ſuprà*, *n.* 147.

Ceci s'éclaircira par un exemple : en me vendant une métairie dénuée de beſtiaux néceſſaires pour la faire valoir, vous vous êtes obligé de me fournir deux paires de bœufs, à peine de cinq cens livres de dommages & intérêts, au cas que vous manquaſſiez de me les fournir : vous ne pourrez pas dans cette eſpece m'obliger à recevoir une paire de bœufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'eſt dû ; & conſéquemment les offres que vous me feriez d'une paire de bœufs, ſi je ne veux pas la recevoir, n'empêcheront pas que vous ne ſoyez tenu envers moi de la peine entiere de cinq cens livres. Mais ſi j'ai volontairement reçu une des paires de bœufs que vous me deviez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de la peine ; car ayant reçu une partie de ce qui faiſoit l'objet de l'obligation principale, je ne puis avoir la peine entiere, ne pouvant pas avoir l'un & l'autre.

351. Notre principe que la peine n'eſt due qu'à proportion & pour la part pour laquelle l'obligation principale n'eſt pas exécutée, a également lieu, ſoit que vous vous ſoyez engagé à une telle peine au cas que vous feriez telle choſe, ſoit que vous me l'ayez promiſe au cas qu'un tiers feroit une telle choſe. Par exemple, ſi vous vous êtes fait fort, ſous peine de me payer cent écus, que Pierre ne revendiqueroit pas ſur moi un certain héritage, la peine ſera due ſeulement pour la moitié, ſi Pierre ne le revendique que pour moitié, à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire des parties ; *Molin. ibid. p.* 3, *n.* 531.

352. Ces déciſions ont ſur-tout lieu à l'égard des obligations de choſes diviſibles : il ſembleroit qu'elles ne pourroient recevoir d'application aux obligations de choſes indiviſibles, néanmoins elles s'y appliquent quelquefois.

1.°. Quoique l'exercice d'une ſervitude prédiale ſoit quelque choſe d'indiviſible, & qu'en conſéquence l'obligation que contracte le poſſeſſeur de l'héritage ſervant, de ſouffrir l'exercice de la ſervitude, ſoit une obligation indiviſible, néanmoins ſi cette ſervitude eſt limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été conſtituée, laquelle fin ſe termine à quelque choſe de diviſible, la peine ſe diviſera, ſi cette fin a été remplie pour partie, & n'aura lieu que pour la partie pour laquelle elle n'aura pas été remplie : ceci va s'éclaircir par un exemple.

J'ai un héritage qui a un droit de ſervitude ſur le vôtre, lequel droit conſiſte en ce que les poſſeſſeurs de l'héritage ſervant ſont obligés, au temps des vendanges, de ſouffrir que mes gens tranſportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de ſervitude : dans cette eſpece, ſi apres avoir laiſſé paſſer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le tranſport du ſurplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié ; car quoique la ſervitude de paſſage ſoit indiviſible, & que l'obligation de ſouffrir l'exercice de cette ſervitude, ſoit l'obligation de quelque choſe d'indiviſible, néanmoins comme cette ſervitude eſt limitée à une fin, qui eſt le tranſport de ma vendange, & que ma vendange eſt quelque choſe de diviſible, on ne peut diſconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la ſervitude a été impoſée, & que vous m'en avez ſouffert jouir en me laiſſant tranſporter par votre héritage la moitié de ma vendange : je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine ; car je ne puis pas percevoir

la peine pour le total, & jouir en partie de l'utilité de mon droit de ſervitude; je ne puis pas avoir tout-à-la-fois l'un & l'autre. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin dans l'eſpece que nous venons de rapporter; *quia*, dit-il, *hæc ſervitus de ſe individua, dividuatur ex accidenti, & ex fine dividuo.... & debet judicari ſecundum regulam dividuorum*, p. 3, n. 363.

353. 2°. Nos principes reçoivent encore quelqu'application, même à l'égard des obligations indiviſibles dans l'eſpece ſuivante & autres ſemblables. Vous vous êtes engagé par un traité, ſous une certaine peine, à me faire conſtituer un droit de ſervitude de paſſage ſur un héritage dont vous avez l'uſufruit, & qui eſt voiſin du mien, en vous faiſant fort des propriétaires: trois des propriétaires ratifient, un ſeul refuſe d'impoſer la ſervitude: la peine, à la vérité, m'eſt due en entier; car le refus d'un ſeul propriétaire d'impoſer la ſervitude, empêche qu'elle ne ſoit aucunement impoſée, nonobſtant la ratification des trois autres, un droit de ſervitude ne pouvant être impoſé pour partie, & ne pouvant par conſéquent être impoſé que par tous les propriétaires: mais comme cette ratification, quoiqu'elle ſoit entiérement inutile pour impoſer un droit réel de ſervitude ſur l'héritage, a néanmoins un effet, qui conſiſte à obliger perſonnellement ceux qui ont ratifié, à me laiſſer paſſer, je ne puis exiger toute la peine qu'en me déſiſtant de mon droit, qui réſulte de cette obligation; autrement je ne pourrai exiger qu'une partie de la peine, ne pouvant pas percevoir toute la peine, & en même temps percevoir quelque choſe de l'obligation principale; *Molin. p. 3, n. 472 & 473.*

354. Notre principe que la peine n'eſt due qu'à proportion de la part pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée, a lieu, quand même la peine conſiſteroit dans quelque choſe d'indiviſible. *Finge*, je vous ai vendu un héritage dont vous m'avez payé le prix comptant, ſauf cinquante piſtoles que vous vous êtes obligé de me payer dans un an; & il a été convenu entre nous qu'à défaut de paiement de cette ſomme, vous m'accorderiez à la place de cette ſomme, un droit de vue ſur une maiſon à vous appartenante, voiſine de la mienne: j'ai reçu de vous vingt-cinq piſtoles; faute du paiement du ſurplus je ne puis exiger la peine pour le total, mais ſeulement pour la moitié pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée: & comme la peine conſiſte dans un droit de ſervitude qui eſt quelque choſe d'indiviſible, & non ſuſceptible de parties, il faudra qu'en vous demandant que vous m'accordiez ce droit de ſervitude, je vous offre de vous payer la moitié de la valeur, la peine ne m'étant due que pour moitié; *Molin. p. 3, n. 523, & ſuiv.* Voyez *ſuprà.*

ARTICLE IV.

Si la peine eſt encourue pour le total & par tous les héritiers du Débiteur, par la contravention de l'un d'eux.

Il faut à cet égard diſtinguer entre les obligations indiviſibles & les obligations diviſibles.

§. I.

Déciſion de la queſtion à l'égard des obligations indiviſibles.

355. Lorſque l'obligation primitive qui a été contractée ſous une clauſe pénale eſt l'obligation d'une choſe indiviſible, la contravention faite à cette obligation par un ſeul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine, non-ſeulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par ſa contravention, mais même contre tous ſes cohéritiers qui ſont tous tenus de cette peine pour la part dont ils ſont héritiers, ſauf leur recours contre celui qui, par ſa contravention, a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés.

Par exemple, ſi quelqu'un s'eſt obligé envers moi de me laiſſer paſſer ſur ſon héritage, contigu à la maiſon que j'occupe, tant que j'occuperois cette maiſon, à peine de dix livres de dommages & intérêts en cas d'empêchement; ſi quelqu'un des héritiers de mon débiteur me bouche le paſſage, quoique ſans la participation & contre le gré de ſes cohéritiers, la peine entiere des dix livres ſera encourue, & elle le ſera contre chacun des héritiers de mon débiteur, qui en ſeront tenus chacun pour leur part héréditaire: car le fait qui fait l'objet de l'obligation primitive étant indiviſible, n'étant pas ſuſceptible de parties, la contravention qui eſt faite par l'un des héritiers du débiteur à cette obligation, eſt une contravention à toute obligation, qui doit par conſéquent faire encourir toute la peine par tous ceux qui en ſont tenus, comme héritiers du débiteur qui s'eſt obligé à cette peine en cas de contravention.

C'eſt la déciſion de Caton en la Loi 4, §. 1, ff. *de verb. oblig. Cato ſcribit: pœnâ certæ pecuniæ promiſſâ, ſi quid aliter ſit factum, mortuo promiſſore, ſi ex pluribus heredibus unus contrà quàm cautum ſit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditariâ aut ab uno pro portione ſuâ. Ab omnibus, ſi id factum de quo cautum eſt individuum ſit, veluti iter fieri, quia quod in partes dividi non poteſt, ab omnibus quodam modo factum videretur.* Et plus bas, *Omnes commiſiſſe videntur, quod niſi in ſolidum peccari poterit, illam ſtipulationem per te non fieri quominùs mihi ire agere liceat.*

Le Juriſconſulte Paul décide la meme choſe en la Loi 85, §. 3, ff. *d. tit. quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor;* & il ajoute, *ſed cæteri familiæ erciſcundæ judicio ſarcient damnum.*

Les héritiers n'étant tenus de la peine, chacun que pour la part dont il eſt héritier, ſont en cela différens des débiteurs ſolidaires, qui ſont débiteurs de la peine pour le total, lorſqu'elle eſt encourue par l'un d'eux, comme ils le ſont du principal.

356. Le créancier peut-il demander la peine entiere à celui des héritiers qui a fait la contravention? La raiſon de douter eſt que la Loi ne le dit pas, & qu'elle dit au contraire que la peine eſt due par tous les héritiers, pour leur portion héréditaire ſeulement. On ajoute que la contravention de l'héritier ne donne ouverture à la dette de la peine qu'entant que cette contravention eſt comme la condition ſous laquelle l'obligation de la peine a été contractée par le défunt: cette dette de la peine qui a été contractée par le défunt, étant une dette du défunt, & une dette diviſible, l'héritier n'en peut

être tenu que pour la portion pour laquelle il eſt héritier, & pour laquelle il ſuccede en cette qualité aux dettes du défunt.

Il faut décider néanmoins que l'héritier qui contrevient à l'obligation indiviſible, contractée par le défunt, devient débiteur de la peine pour le total. On ne peut douter qu'il en eſt tenu au moins obliquement & indirectement; car étant tenu d'acquitter ſes cohéritiers des parts dont ils en ſont tenus, le créancier doit être admis, pour éviter le circuit d'actions, à lui demander la peine, non-ſeulement pour ſa part, mais pour celle de ſes cohéritiers dont il eſt tenu de les acquitter, & par conſéquent pour le total.

Dumoulin, *p.* 3, *n.* 173 *&* 174, *& paſſim alibi*, va plus loin, & ſoutient que cet héritier doit la peine pour le total, non-ſeulement obliquement, mais même directement; car l'obligation primitive étant ſuppoſée indiviſible, il en eſt débiteur pour le total, & débiteur ſous la peine convenue: or ſa contravention à une obligation dont il eſt tenu pour le total, doit lui faire encourir toute la peine. Cela ſe prouve par un argument tiré de la Loi 9, ff. *depoſ.* que nous avons ci deſſus rapportée: il eſt décidé que l'héritier en partie du dépoſitaire, qui, par ſon fait, a cauſé la perte de la choſe donnée en dépôt au défunt, eſt tenu pour le total des dommages & intérêts envers celui qui l'a donnée en dépôt, parce que quoique l'obligation principale de reſtituer la choſe dépoſée, ſoit une obligation diviſible, l'obligation acceſſoire de la preſtation de la bonne foi pour la conſervation de la choſe dépoſée, eſt une obligation indiviſible, dont chacun des héritiers du dépoſitaire eſt tenu pour le total, & qui le rend débiteur pour le total des dommages & intérêts du créancier, lorſqu'il y contrevient. Si un héritier pour partie qui contrevient par ſon fait à une obligation indiviſible du défunt, eſt débiteur pour le total des dommages & intérêts, il doit l'être auſſi pour le total de la peine, puiſque la peine tient lieu des dommages & intérêts, & n'en eſt que la liquidation convenue par les parties elles-mêmes: tel eſt le raiſonnement de Dumoulin.

A l'égard de la premiere objection tirée du paragraphe *Cato*, la réponſe eſt que lorſque Caton décide que dans les obligations indiviſibles, la contravention faite par l'un des héritiers fait encourir la peine contre chacun d'eux pour leurs portions héréditaires, il n'entend parler que des héritiers qui n'ont point participé à la contravention. A l'égard de la deuxieme objection qui conſiſte à dire que l'obligation de la peine étant une obligation diviſible contractée par le défunt, chaque héritier ne peut être tenu que pour la part dont il eſt héritier; la réponſe de Dumoulin eſt, que cela eſt vrai lorſque l'héritier n'en eſt tenu que comme héritier, *tanquàm heres* :mais lorſqu'il en eſt tenu *ut ipſe & ex proprio facto*, il en eſt tenu pour le total; & c'eſt une de ſes clefs pour décider les queſtions ſur cette matiere: *aliud eſt teneri heredem ut heredem, aliud teneri ut ipſum.*; *Tr. de div. & indiv. p.* 3, *n.* 5 *&* 112.

357. Lorſque la contravention à une obligation indiviſible eſt faite par un des héritiers du débiteur, l'héritier qui a fait la contravention étant tenu de la peine pour le total, il faut par la même raiſon décider que lorſque la contravention a été faite par pluſieurs héritiers, chacun d'eux eſt ſolidairement tenu de la peine: car les contraventions de ſes cohéritiers ne diminuent pas la ſienne, *nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quòd peccati conſortem habuit; multitudo*

multitudo peccantium non exonerat, ſed potiùs aggravat; Molin. *ibid. part.* 3, *n.* 148.

358. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indiviſible, reçoit application à l'égard de pluſieurs débiteurs principaux qui ont contracté enſemble ſans ſolidité, & ſous une peine, une obligation indiviſible: la contravention faite par l'un d'eux oblige les autres à la preſtation de la peine, chacun pour ſa part virile, ſauf leur recours, & elle oblige pour le total celui qui l'a faite: lorſque la contravention a été faite par pluſieurs, elle y oblige ſolidairement.

§. II.

Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations diviſibles.

359. Lorſque l'obligation primitive, qui a été contractée ſous une clauſe pénale, eſt l'obligation d'un fait diviſible, Caton, au paragraphe ci-deſſus cité, paroît décider que celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, encourt ſeul la peine pour la part dont il eſt héritier; *ſi de eo cautum ſit quod diviſionem recipiat, veluti ampliùs non agi, eum heredem qui adversùs ea facit, pro portione ſuâ ſolum pœnam committere.*

On peut faire de cette maniere l'eſpece de la Loi: une perſonne s'eſt engagée envers moi ſous peine de 300 liv. à acquieſcer à la ſentence d'un arbitre qui avoit donné congé d'une demande, par laquelle elle ſe croyoit être ma créanciere de dix muids de bled. Un de ſes héritiers qui l'eſt pour une cinquieme portion, a contre la foi de cette convention, renouvellé la conteſtation, & m'a demandé ſa cinquieme portion de dix muids de bled, que l'arbitre avoit jugé que je ne devois pas: il encourt ſeul la peine convenue, & il ne l'encourt que pour la cinquieme portion dont il eſt héritier. La raiſon eſt que l'obligation eſt diviſible, & cet héritier n'y ayant pu contrevenir que pour la part pour laquelle il en eſt tenu, il ne peut être tenu de la peine que pour cette part: ſes cohéritiers qui non-ſeulement n'y ont pas contrevenu, mais ont ſatisfait pour leur part à cette obligation, en acquieſçant pour leur part à la ſentence de l'arbitre, ne peuvent être tenus de cette peine: le créancier qui eſt ſatisfait pour leur part de l'obligation principale, ne peut exiger la peine pour leur part, ne pouvant être à la fois payé de l'obligation principale & de la peine, comme on l'a vu ci-deſſus, *n.* 342 *& ſuiv.*

Le paragraphe 4, *ſi ſortem* de la Loi 5, *d. tit.* paroît contraire à cette déciſion de Caton. Il y eſt décidé que lorſque l'un des héritiers du débiteur a ſatisfait à l'obligation pour la part dont il étoit tenu, il ne laiſſe pas d'encourir la peine, ſi ſon cohéritier n'y ſatisfait pas pareillement, ſauf à lui ſon recours contre ce cohéritier qui a fait encourir la peine, en ne ſatisfaiſant pas de ſa part à l'obligation: *ſi ſortem promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam; etiamſi unus ex heredibus tuis portionem ſuam ex ſorte ſolverit, nihilominùs pœnam committet, donec portio coheredis ſolvatur. . . . Sed à coherede ei ſatisfieri debet; nec enim aliud in his ſtipulationibus ſine injuriâ ſtipulatoris conſtitui poteſt.*

Les Interpretes, tant anciens que modernes, ſe ſont efforcés à concilier ces deux textes. Dumoulin rapporte différentes conciliations des anciens interpretes qu'il réfute toutes.

Il faut s'en tenir à celles de Cujas & de Dumoulin, *Tr. de div. & ind. p.* 1, *n.* 62 *& ſeq.* qu'on doit réunir en une, & dire : lorſque l'obligation eſt indiviſible, *tàm ſolutione quàm obligatione*, lorſque l'intention des parties, en ajoutant la clauſe pénale, a été ſimplement d'aſſurer l'exécution de l'obligation, & non d'empecher que le paiement ne pût s'en faire par parties par les différens héritiers du débiteur, ſur-tout lorſque le fait qui fait l'objet de l'obligation primitive, eſt tel que les différens héritiers du débiteur ne peuvent l'accomplir autrement que chacun pour la part dont il eſt héritier, en ce cas la déciſion de Caton doit avoir lieu ; celui des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, doit ſeul encourir la peine, & pour la part ſeulement dont il eſt héritier ; le fait rapporté dans l'eſpece du paragraphe *Cato*, *ampliùs non agi*, eſt de ces faits diviſibles *tàm ſolutione quàm obligatione*, & qui par la nature des choſes, ne peuvent s'accomplir par les différens héritiers de celui qui a contracté l'engagement, que pour la part dont chacun eſt héritier ; car aucun de ces héritiers ne ſuccédant que pour ſa part au droit & à la prétention que le défunt s'eſt engagé de ne pas exercer, chacun des héritiers ne peut que pour ſa part contrevenir à cet engagement ou l'exécuter, en renouvellant ou ne renouvellant pas cette prétention pour la part qu'il y a.

Au contraire, lorſque l'obligation eſt diviſible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indiviſible *quoad ſolutionem*, & que l'intention des parties a été, en ajoutant la clauſe pénale, que le paiement ne pût ſe faire que pour le total, & non par parties ; en ce cas chacun des héritiers, en ſatisfaiſant pour ſa part à l'obligation primitive, n'évitera pas d'encourir la peine ; & c'eſt à ce cas qu'on doit reſtreindre le paragraphe *ſi ſortem*, lequel ſe concilie avec le paragraphe *Cato*.

Dumoulin, *part.* 1, *n.* 72, donne pour exemple de la déciſion du paragraphe *ſi ſortem*, l'eſpece d'un Négociant qui a ſtipulé de ſon débiteur une certaine ſomme par forme de peine, au cas que la ſomme principale à lui due ne lui fût pas remiſe dans un certain lieu, au temps d'une certaine foire ; les offres que l'un des héritiers feroit de lui remettre ſa part de ladite ſomme, ne doivent pas empêcher que la peine ne ſoit due pour le total, faute d'offrir le total ; parce que ce Négociant ne pouvant faire les affaires qu'il a à la foire, qu'avec le total de la ſomme qui lui eſt due, l'intention des parties a été en ſtipulant la peine, qu'elle fût encourue pour le total, faute du paiement du total de la ſomme due, & nonobſtant le paiement partiel qui en ſeroit fait ; car ce paiement partiel ne peut réparer, même pour partie, le tort que le créancier ſouffre du retard du paiement du ſurplus, & c'eſt pour la réparation de ce tort que la peine a été ſtipulée. Obſervez auſſi que dans l'eſpece du paragraphe *ſi ſortem*, la peine eſt ſtipulée pour le retard de l'exécution, & non pour l'inexécution ; c'eſt pourquoi le créancier doit recevoir le principal & la peine.

La Loi 85, §. 6, *d. tit.* eſt auſſi dans l'eſpece d'une obligation diviſible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indiviſible *quoad ſolutionem :* il eſt dit dans

l'eſpece de cette ſtipulation, *ſi fundus Titianus datus non erit, centum dari; niſi totus detur, pœna committitur centum, nec prodeſt partes fundi dare ceſſante uno, quemadmodùm nec prodeſt ad liberandum pignus, partes creditori ſolvere;* quoique l'obligation de donner *fundum Titianum* ſoit une obligation diviſible *quoad obligationem*, néanmoins cette obligation, ſoit qu'elle naiſſe d'un contrat de vente, ou d'un contrat d'échange, ou de tranſaction, ou de quelqu'autre cauſe, eſt indiviſible *quoad ſolutionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir pas le fond Titien pour partie, & n'ayant entendu l'acquérir que pour le total; c'eſt pourquoi, ſi l'un des héritiers du débiteur eſt en demeure de donner ſa part de cet héritage, les offres des autres héritiers de donner les leurs, la ceſſion même qu'ils en auroient faite au créancier, qui ne l'auroit acceptée qu'en attendant & comptant ſur la ceſſion du ſurplus, n'empêcheroit pas le créancier de pouvoir demander la peine pour le total, en offrant néanmoins de ſe déſiſter des portions de l'héritage qu'il auroit reçu; car il ne peut avoir l'un & l'autre.

360. Dans le cas du paragraphe *ſi ſortem*, lorſque l'un des héritiers pour partie du débiteur, en ne ſatisfaiſant pas à l'obligation primitive, pour la part dont il étoit tenu, a fait encourir la peine contre les autres qui étoient prêts d'y ſatisfaire pour leurs parts, encourt-il lui-même cette peine pour le total? Il ne l'encourt directement que pour la part dont il eſt héritier; car n'étant tenu de l'obligation primitive que pour cette part, il ne peut y avoir contrevenu lui-même que pour cette part, il ne peut donc encourir que pour cette part la peine, qui doit être proportionnée à la contravention; en cela les obligations diviſibles different des indiviſibles: mais quoiqu'il ne ſoit tenu directement de la peine que pour ſa part, il en eſt tenu indirectement pour le total; car ſes cohéritiers qui étoient prêts d'accomplir l'obligation pour leur part, ayant encouru pour leur part la peine, par la demeure en laquelle cet héritier a été d'y ſatisfaire pour la ſienne, cet héritier eſt tenu envers eux *judicio familiæ erciſcundæ*, de les en acquitter, *d.* §. *ſi ſortem;* & pour éviter un circuit d'actions inutiles, le créancier peut être reçu à exiger de cet héritier la peine, non-ſeulement pour la part dont il eſt tenu directement, mais auſſi pour celles de ſes cohéritiers, dont il eſt tenu de les acquitter, & par conſéquent pour le total.

361. Nous avons parlé juſqu'à préſent du cas auquel l'héritier pour partie, a manqué de ſatisfaire à une obligation diviſible du défunt, pour la part dont il en étoit tenu; l'eſpece du paragraphe *Cato*, & celle du paragraphe *ſi ſortem*, quoique différentes entr'elles, comme nous l'avons obſervé, ſont l'une & l'autre dans ce cas; on peut ſuppoſer un autre cas, ſur lequel nous n'avons aucun texte de Droit; c'eſt celui auquel l'héritier pour partie de celui qui auroit contracté ſous une clauſe pénale, une obligation diviſible, contreviendroit pour le total, & non pas ſeulement pour la part dont il eſt héritier, à cette obligation du défunt.

Par exemple, une perſonne a affermé ſon héritage à quelqu'un, & laiſſe quatre héritiers, dont l'un a expulſé le fermier pour le total; on fait ſur cette eſpece deux queſtions; la premiere, de ſçavoir ſi en ce cas la peine eſt encourue pour le total par cet héritier; la ſeconde, ſi elle eſt encourue, non-ſeule-

ment contre lui, mais contre ſes cohéritiers pour leur part héréditaire ? La raiſon de douter ſur ces deux queſtions, eſt que cet héritage n'étant tenu comme héritier que pour la part dont il eſt héritier, de l'entretien du bail, il doit être regardé comme étranger pour les autres parts : le trouble qu'il fait au fermier, il ne le fait comme héritier que pour ſa part, il le fait comme étranger pour les autres parts : d'où on conclut que de même que le trouble qu'un étranger ſans droit auroit apporté à la jouiſſance du fermier, n'auroit pas donné ouverture à la peine, ni contre cet étranger, qui auroit ſeulement été tenu des dommages & intérêts, ni contre les héritiers du bailleur, qui auroient ſeulement été tenus de faire remiſe au fermier de la ferme, à proportion du défaut de jouiſſance, en cas d'inſolvabilité de celui qui a fait le trouble, de même dans cette eſpece la peine ne doit pas être encourue contre cet héritier en partie, ſi ce n'eſt pour la part dont il eſt héritier : il doit ſeulement être tenu des dommages & intérêts pour le ſurplus, & la peine ne doit pas non plus être encourue contre ſes cohéritiers. Néanmoins Dumoulin qui agite ces queſtions, *p.* 3, *n.* 412, & *ſeq.* décide que dans cette eſpece la peine eſt encourue pour le total contre cet héritier en partie, & même qu'elle eſt encourue contre ſes cohéritiers, pour la part dont chacun eſt héritier. Pour établir ſa déciſion, & pour réfuter en même temps le raiſonnement que nous venons de rapporter, il diſtingue dans cette obligation d'entretenir le bail, & dans toutes les autres obligations diviſibles, deux eſpeces d'obligations ; la principale, telle qu'eſt, dans cette eſpece, celle d'entretenir le bail, laquelle eſt diviſible ; & l'obligation acceſſoire, qui eſt l'obligation de la preſtation de la bonne foi, laquelle eſt indiviſible, & dont en conſéquence chaque héritier eſt tenu pour le total. L'héritier en partie du bailleur qui expulſe le fermier, n'étoit, à la vérité, tenu de l'obligation principale que pour ſa part ; mais il étoit tenu pour le total & indiviſément, de la preſtation de la bonne foi : cette bonne foi l'obligeoit à n'apporter aucun trouble à la jouiſſance du fermier, non-ſeulement pour ſa part, mais même pour les autres parts ; en expulſant le fermier du total de la jouiſſance ; il ne doit donc pas être conſidéré comme ayant ſimplement péché comme étranger, par rapport aux autres parts ; mais comme ayant contrevenu à l'obligation de la preſtation de la bonne foi dont il étoit tenu comme héritier, même par rapport aux autres parts. Cette contravention étant donc une contravention, même par rapport aux autres parts, & par conſéquent pour le total à une obligation héréditaire, contractée par le défunt, ſous la peine contenue en la convention, elle doit donner ouverture pour le total à la peine contre l'héritier qui y a contrevenu : telle eſt la déciſion de Dumoulin ſur la premiere queſtion. Dumoulin confirme cette déciſion par ce raiſonnement : s'il étoit vrai, dit-il, que cet héritier, en expulſant totalement le fermier, ne dût être cenſé avoir contrevenu que pour ſa part, & dût être conſidéré comme n'ayant péché que comme étranger pour les autres parts, il s'enſuivroit que le fermier n'auroit point pour raiſon de cette contravention pour leſdites parts, l'hypotheque ſur les biens du défunt réſultante de ſon bail. Il s'enſuivroit que quoique le bail eût été paſſé ſous un ſceau attributif de juriſdiction, tel qu'eſt celui du Châtelet d'Orléans, le fermier ne pourroit traduire cet héritier qui l'auroit expulſé, devant le Bailli d'Orléans, ſi ce n'eſt pour la part dont il eſt héritier : or c'eſt

ce que perſonne ne s'aviſera de dire : donc cet héritier en partie en expulſant le fermier, doit être réputé avoir contrevenu, non-ſeulement pour ſa part, mais pour les autres parts, & pour le total, à une obligation héréditaire, & par conſéquent il doit encourir, pour le total, la peine convenue en cas de contravention.

A l'égard de la ſeconde queſtion, Dumoulin, par la même raiſon, décide que la peine eſt encourue, non-ſeulement contre cet héritier, mais contre chacun de ſes cohéritiers pour la part dont ils ſont héritiers : car par la clauſe pénale le défunt s'eſt obligé, lui & tous ſes héritiers, au paiement de la peine, en cas de contravention à l'obligation primitive ; il ſuffit donc qu'il y ait eu une contravention pour que l'on puiſſe dire que la condition ſous laquelle a été contractée cette obligation de la peine, ait exiſté, & par conſéquent pour que tous les héritiers du défunt en ſoient tenus.

Si le défunt avoit donné des cautions *in omnem cauſam*, dont le cautionnement s'étendît, tant à l'obligation primitive qu'à l'obligation pénale, le fait de cet héritier qui a expulſé le fermier, auroit obligé les cautions à la preſtation de la peine : à plus forte raiſon doit-il obliger ſes cohéritiers qui ſuccedent à cette obligation comme débiteurs principaux.

362. Cette déciſion ſur la ſeconde queſtion a lieu quand même celui des héritiers, qui a expulſé le fermier, ſeroit ſeul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, comme dans cette eſpece. J'ai fait bail d'un propre paternel à un fermier, ſous la peine de deux cents livres, au cas que je manquaſſe à le faire jouir : je laiſſe un héritier de ce propre paternel, & pluſieurs héritiers d'une autre ligne à mes autres biens ; cet héritier paternel empêche par ſon fait le fermier de jouir, *putà*, en vendant l'héritage ſans charger l'acquéreur de l'entretien du bail ; quoique cet héritier fût ſeul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, ſuivant les principes expoſés ci-deſſus, *n.* 301, cette obligation étant l'obligation d'un corps certain auquel il a ſeul ſuccédé, néanmoins ſa contravention à cette obligation fera encourir la peine à tous les héritiers, pour la part dont chacun eſt héritier : car la dette de la peine eſt la dette d'une ſomme d'argent, contractée par le défunt, ſous la condition de cette contravention, à laquelle dette par conſéquent tous les héritiers du défunt ſuccedent. Au reſte ils ont recours contre celui qui a fait la contravention ; *Molin. part.* 3, *n.* 430.

363. Voici une autre eſpece : un uſufruitier a fait un bail à ferme de l'héritage dont il avoit l'uſufruit, en taiſant ſa qualité d'uſufruitier, & ſe portant pour propriétaire : il y a une peine de 200 liv. ſtipulée au profit du fermier, au cas qu'il manque de le faire jouir ; il laiſſe quatre héritiers, l'un deſquels eſt propriétaire de l'héritage, qui, en ſa qualité de propriétaire, expulſe le fermier : il y a lieu à la peine contre les quatre héritiers ; mais celui qui l'a expulſé n'en eſt tenu que pour ſa part, & n'eſt pas obligé, comme dans l'eſpece précédente, à indemniſer les autres ; car ayant en ſa qualité de propriétaire le droit de jouir de ſon héritage, il n'a pas péché contre la bonne foi, *dolo non facit qui jure ſuo utitur* ; il n'eſt tenu de l'inexécution du bail & de la peine qu'en ſa qualité d'héritier, & par conſéquent ſeulement pour ſa part héréditaire ; *Molin. ibid. n.* 432.

ARTICLE V.

Si la peine eſt encourue pour le total, & envers tous les héritiers du Créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux.

364. Paul en la Loi 2, §. *fin. de verb. oblig.* décide cette queſtion dans l'eſpece d'une ſtipulation pénale appoſée à une obligation primitive indiviſible. *Finge*, vous vous êtes, par une tranſaction, obligé envers moi de me laiſſer paſſer moi & mes héritiers par votre parc, tant à pied qu'à cheval & avec des betes de charge, à peine de douze livres en cas de contravention à votre obligation; j'ai laiſſé quatre héritiers; vous avez empêché l'entrée du parc à l'un des quatre héritiers, & l'avez permiſe aux trois autres; Paul décide qu'en ce cas la contravention étant faite à une obligation indiviſible, & non ſuſceptible de parties, ne peut être une contravention partielle; qu'ainſi la peine à laquelle elle donne lieu, paroîtroit, ſelon la ſubtilité du Droit, devoir être encourue pour le total au profit de tous les héritiers; néanmoins que ſelon l'équité qui doit en ce cas prévaloir à la ſubtilité, la peine ne doit être encourue qu'envers celui des héritiers à qui on refuſe l'entrée, & qu'elle ne doit l'être que pour ſa part héréditaire ſeulement. *Si ſtipulator deceſſerit qui ſtipulatus erit ſibi heredique ſuo agere licere, & unus ex heredibus ejus prohibeatur; ſi pœna ſit adjecta, in ſolidum, committetur, ſed qui non ſunt prohibiti, doli exceptione ſummovebuntur, d.* §. La raiſon eſt que l'équité ne permet pas que les trois héritiers à qui le débiteur a accordé l'entrée de ſon parc, puiſſent en même temps percevoir tout le fruit de l'exécution de l'obligation, & percevoir la peine ſtipulée pour l'inexécution de cette obligation, ni qu'ils puiſſent ſe plaindre de la contravention que le débiteur a faite à ſon obligation envers leur cohéritier, à laquelle contravention ils n'ont aucun intérêt, *non debet aliquis habere ſimul implementum obligationis, & pœnam contraventionis, & pœna quæ ſubrogatur loco ejus quod intereſt, non debet committi his qui non ſunt prohibiti, & quorum nulla intereſt coheredem ipſorum eſſe prohibitum*; Molin. *p.* 1, *n.* 32 *&* 35. La Loi 3, §. 1, *d. tit.* paroît contraire. La réponſe eſt qu'Ulpien ne parle que ſelon la ſubtilité du Droit.

La contravention faite à l'obligation par le débiteur envers l'un des héritiers, ne donnant lieu à la peine qu'envers cet héritier, & pour ſa part héréditaire ſeulement, quoique l'obligation primitive fût indiviſible; à plus forte raiſon doit-on décider la même choſe, lorſque l'obligation primitive eſt une obligation diviſible.

CHAPITRE VI.

Des Obligations acceſſoires des Fidéjuſſeurs, & autres qui accedent à celle d'un principal Débiteur.

CE Chapitre eſt diviſé en huit Sections, dont les ſept premieres concernent les cautionnemens. Nous traiterons dans la premiere, de la nature du cautionnement. Nous verrons dans la deuxieme, quelles ſont les diifférentes eſpeces de cautions; dans la troiſieme, nous traiterons des qualités que doivent avoir les cautions. Nous verrons dans la quatrieme, pour qui, envers qui, pour quelle eſpece d'obligation, & comment ſe contractent les cautionnemens. Dans la cinquieme, à quoi ils s'étendent. Dans la ſixieme, nous traiterons des manieres dont s'éteignent les cautionnemens, & des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions. Dans la ſeptieme, des actions qu'a de ſon chef la caution contre le débiteur principal & contre ſes fidéjuſſeurs. La huitieme & derniere Section traite des autres eſpeces d'obligations acceſſoires.

SECTION PREMIERE.

De la nature du cautionnement; définition des Cautions ou Fidéjuſſeurs, & les Corollaires qui en dérivent.

365. Le cautionnement eſt un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à ſon obligation.

On appelle *caution* ou *fidéjuſſeur*, celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la caution & le créancier envers qui la caution s'oblige, renferme auſſi aſſez ſouvent un autre contrat, qui eſt cenſé intervenir, au moins tacitement, entre la caution & le débiteur pour qui la caution s'oblige; & ce contrat eſt le contrat de mandat, qui eſt toujours cenſé intervenir lorſque c'eſt au ſçu & au gré du débiteur principal que la caution s'oblige pour lui, ſuivant cette regle de Droit, *ſemper qui non prohibet pro ſe intervenire, mandare creditur*, L. 60, ff. *de R. J.* Lorſque le cautionnement a été fait à l'inſçu du débiteur qu'on a cautionné, il ne peut être cenſé renfermer aucun contrat entre la caution & ce débiteur; mais il eſt cenſé intervenir en ce cas entr'eux l'eſpece de quaſi-contrat, qu'on appelle *negotiorum geſtorum*. Nous traiterons des obligations qui naiſſent de ce contrat de mandat, ou du quaſi-contrat *negotiorum geſtorum*, en la ſeptieme ſection de ce Chapitre.

Le contrat qui intervient entre la caution & le créancier envers qui elle s'oblige, n'eſt pas de la claſſe des contrats bienfaiſans; car le créancier ne reçoit par ce contrat rien au-delà de ce qui lui eſt dû: il ne ſe procure qu'une ſureté pour ce qui lui eſt dû, ſans laquelle il n'auroit pas contracté avec le

débiteur principal, ou ne lui auroit pas accordé le terme qu'il lui accorde : mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige.

De la définition que nous venons de donner du cautionnement & des cautions, dérivent pluſieurs Corollaires.

Corollaire premier.

366. L'obligation des fidéjuſſeurs étant, ſuivant notre définition, une obligation acceſſoire à celle du débiteur principal, il en réſulte qu'il eſt de l'eſſence de l'obligation des fidéjuſſeurs, qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui ſoit valable : conſéquemment ſi celui pour qui le fidéjuſſeur s'eſt obligé envers vous, n'étoit pas votre débiteur, le fidéjuſſeur ne ſeroit pas obligé, l'obligation acceſſoire ne pouvant pas ſubſiſter ſans une obligation principale, ſuivant cette regle de Droit, *cùm cauſa principalis non conſiſtit, ne ea quidem quæ ſequuntur locum habent*; L. 178, ff. *de reg. jur.*

Corollaire II.

367. Une ſeconde conſéquence de notre définition, eſt que le fidéjuſſeur en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de ſon obligation, mais en contracte une qui accede à la ſienne ; en quoi le fidéjuſſeur eſt différent de celui qu'on appelle en Droit, *expromiſſor*, qui s'oblige envers le créancier, de maniere que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge.

Corollaire III.

368. Il réſulte de notre définition, que le fidéjuſſeur ne peut valablement s'obliger qu'à la preſtation de la choſe même à laquelle le débiteur principal eſt obligé, ou à la preſtation d'une partie de cette même choſe : c'eſt pourquoi ſi quelqu'un ſe rendoit caution envers moi pour cent muids de bled, pour une perſonne qui me doit deux mille livres, ce cautionnement ſeroit nul ; *L.* 42, ff. *de fidejuſſ. Quia in aliam rem quam quæ credita eſt fidejuſſor obligari non poteſt ; quia, non ut æſtimatio rerum quæ mercis numerò habentur in pecuniâ numeratâ fieri poteſt, ita pecunia quoque merce æſtimanda eſt.*

Contrà vice versâ, on peut valablement ſe rendre caution envers moi pour une ſomme de deux mille livres, pour celui qui me doit cent muids de bled : car l'argent étant l'eſtimation commune de toutes les choſes, celui qui me doit une quantité de cent muids de bled de valeur de deux mille livres, me doit effectivement & véritablement deux mille livres ; & par conſéquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer deux mille livres, ne s'oblige pas à quelque choſe de différent de ce qui m'eſt dû par mon principal débiteur.

369. Si quelqu'un s'étoit obligé envers moi à me donner un certain héritage, & qu'un autre le cautionnât pour l'uſufruit de cet héritage, le cautionnement ſeroit-il valable ? Oui ; car l'uſufruit étant un droit dans cet héritage qui m'eſt dû, fait, en quelque façon, partie de la choſe qui m'eſt due ; & par conſéquent on ne peut pas dire que la caution ſe ſeroit obligée à quelque choſe de différent de la choſe due par le débiteur principal. C'eſt ce que décide Caïus

en la

en la Loi 70, §. 2, *ff. de fidejuſſ. In eo*, dit-il, *videtur dubitatio eſſe, uſusfructus pars rei ſit an proprium quiddam? ſed cùm uſusfructus, fundi jus eſt, incivile eſt fidejuſſorem, ex ſuâ promiſſione non teneri.*

COROLLAIRE IV.

370. Il réſulte de cette définition, que la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal eſt obligé : & comme le plus s'eſtime non-ſeulement *quantitate*, mais auſſi *die*, *loco*, *conditione*, *modo*, il en réſulte que le fidéjuſſeur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé : car l'obligation acceſſoire ne peut ſurpaſſer la principale ; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures. C'eſt ce que décide la Loi 8, §. 7, ff. *de fidejuſſ. Illud commune eſt in univerſis qui pro aliis obligantur, quòd ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit eos omninò non obligari ; in leviorem planè cauſam accipi poſſunt.*

Il réſulte de ce principe que ſi quelqu'un s'eſt rendu caution pour une ſomme déterminée, *putà* pour une ſomme de trois cents livres, pour un débiteur dont la dette n'étoit pas encore liquidée, la fixation du cautionnement à la ſomme de 300 liv. doit être cenſée n'avoir été faite qu'en faveur de la caution, & à l'effet ſeulement que ſi par la liquidation qui ſe feroit, la dette montoit à une plus grande ſomme, la caution n'en ſeroit tenue que pour 300 liv. Mais ſi par la liquidation la dette étoit liquidée à une ſomme moindre, *putà* à 250 l. la caution qui ne peut devoir plus que le principal débiteur, ne ſera débitrice que de la ſomme de 250 liv. ; & ſi elle avoit payé celle de 300 liv. portée par ſon cautionnement, elle auroit la répétition de l'excédant.

Le créancier peut-il en ce cas, avant la liquidation de la dette, contraindre la caution au paiement de la ſomme de 300 liv. par proviſion, nonobſtant qu'elle demande qu'il ſoit procédé à la liquidation de la dette qu'elle ſoutient ne devoir pas monter à ſi grande ſomme ? La Coutume de Bretagne, *art.* 189, décide pour l'affirmative : mais cette déciſion ne doit pas être ſuivie hors ſon territoire : car ſuivant le principe que nous venons d'expoſer, la caution ne pouvant pas être tenue à plus que le débiteur principal, elle ne doit pas être contraignable au paiement de la dette, plutôt que le débiteur principal ; celui-ci n'y étant contraignable qu'après la liquidation de de la dette, *Ord. de* 1661, *tit.* 33, *art.* 2, la caution ne doit pas être contrainte au paiement plutôt. D'Argentré, en ſa note ſur l'article de la Coutume, ci-deſſus cité, convient que ſa diſpoſition eſt contraire au Droit, *contrà Jus Romanum ;* & dans ſon Commentaire ſur l'art. 206 de l'ancienne Coutume, dont celui-ci eſt tiré, il dit : *Hic ſe Authores conſuetudinis produnt non Juriſconſultos.*

371. Suivant ce principe, lorſque le débiteur principal s'eſt obligé purement & ſimplement, la caution s'oblige valablement à payer dans un certain terme, ou ſous une certaine condition : mais au contraire ſi le débiteur principal ne s'eſt obligé que ſous une certaine condition qui ſoit encore pendante, ou dans un certain terme qui ne ſoit pas encore expiré, le fidéjuſſeur ne peut pas s'obliger à payer pour lui préſentement, & à la premiere requiſition du créancier ; *dict. Leg. 8*, §. 7.

Obſervez que ſi le cautionnement n'exprime rien, on y doit ſous-entendre le terme ou la condition exprimée dans l'obligation principale; de méme qu'il eſt décidé en la Loi 61, ff. *d. tit.* que le lieu du paiement exprimé dans l'obligation principale, eſt ſous-entendu dans le cautionnement.

372. Si le principal débiteur eſt obligé de payer dans un terme, la caution peut s'obliger à payer dans le même terme ou dans un terme plus long; mais elle ne peut s'obliger à payer dans un terme plus court.

De-là il ſuit que lorſque le débiteur principal eſt obligé de payer dans un certain terme, ſi la caution s'oblige ſous une certaine condition à payer auſſitôt que la condition ſera accomplie, ce cautionnement ne ſera pas valable, ſi la condition vient à s'accomplir avant que le terme de paiement dans lequel le principal débiteur doit payer, ſoit expiré; *L.* 16, §. 5, *d. tit.*: car ſi le cautionnement étoit valable, la caution ſeroit obligée de payer avant que la dette pût être exigée du débiteur principal, & par conſéquent *in duriorem cauſam*, ce qui ne ſe peut.

Lorſque le débiteur principal eſt obligé ſous une condition, la caution peut bien s'obliger ſous la même condition, & ſous une autre conjointement: car en ce cas la condition de la caution eſt meilleure que celle du débiteur, puiſqu'elle ne peut être obligée, que les deux conditions ne ſoient accomplies. Si la caution s'oblige ſous l'alternative de la condition ſous laquelle le débiteur principal s'eſt obligé, & d'une autre condition, ou ſimplement ſous une condition différente, le cautionnement ſera valable, ſi la condition ſous laquelle le débiteur principal s'eſt obligé, arrive la premiere: mais ſi c'eſt l'autre qui arrive la premiere, le cautionnement ne ſera pas valable, la caution ne pouvant pas être obligée avant que le débiteur principal le ſoit; *L.* 77, *pp°.* & §. 1, ff. *de fidejuſſ.*

373. Le lieu du paiement peut auſſi rendre plus dure l'obligation: c'eſt pourquoi ſi la caution promettoit payer dans un lieu plus éloigné que celui dans lequel le débiteur principal doit payer, le cautionnement ne ſeroit pas valable, comme fait à une condition plus dure que l'obligation principale; *dict. L.* 16, §. 1 & 2.

374. Si quelqu'un dans nos Colonies s'étoit obligé envers un autre de lui donner l'un ou l'autre de deux certains Negres, *putà* Jacques ou Jean, leſquels fuſſent à-peu-près de même prix, le cautionnement par lequel la caution s'obligeroit pour le débiteur à donner Jean déterminément, ſeroit-il valable? La Loi 54, ff. *de fidejuſſ.* décide qu'il eſt valable; & que la condition de la caution eſt dans cette eſpece, meilleure que celle du débiteur principal, puiſque la caution peut être libérée par la mort du ſeul Jean, au lieu que le débiteur principal ne peut l'être que par la mort de l'un & de l'autre.

Contra ſi le débiteur principal s'étoit obligé à donner Jean déterminément, le cautionnement par lequel la caution s'obligeroit de donner Jean ou Jacques, ne ſeroit pas valable, non-ſeulement par la raiſon que nous avons dit, que cette obligation alternative eſt plus dure que l'obligation déterminée de Jean; mais encore par une autre raiſon, qui eſt que ſi la caution choiſiſſoit de donner Jacques, il ſe trouveroit devoir autre choſe que ce que devoit donner le débiteur principal, qui n'eſt débiteur que de Jean; ce qui ne ſe peut, *ſuprà*, *n.* 368. C'eſt la déciſion de la Loi 8, §. 8, ff. *d. tit.*

Cela n'eſt pas à craindre dans l'eſpece précédente, dans laquelle le débiteur principal a promis Jean ou Jacques, & la caution Jean déterminément : car dans cette eſpece ſi le débiteur principal offre Jacques au créancier, & le conſtitue en demeure de le recevoir, en déterminant par ce choix ſon obligation à l'obligation de donner Jacques, il ſe libere de l'obligation de donner Jean, & il en libere par conſéquent ſon fidéjuſſeur ; *nam reo liberato liberantur fidejuſſores.* Le fidéjuſſeur qui n'avoit accédé qu'à l'obligation de donner Jean, ne doit plus rien. Si au contraire ce débiteur principal avoit offert Jean, il devroit la même choſe que ſon fidéjuſſeur : il ne peut donc point arriver dans cette eſpece que le débiteur principal & la caution doivent différentes choſes.

Si le débiteur principal s'étoit obligé à donner les negres Jean ou Jacques *au choix du créancier*, la caution s'obligera valablement à donner l'un des deux *qu'elle voudra*, *d. L.* 8, §. 10 : car le créancier conſervant toujours ſon choix contre le débiteur principal, juſqu'au paiement, le débiteur ſera toujours débiteur de l'une des deux choſes, & par conſéquent de celle que la caution voudra.

375. C'eſt une queſtion, ſi le cautionnement eſt entiérement nul, lorſque la caution s'eſt obligée à plus que le débiteur principal, ou s'il eſt nul ſeulement en ce qu'il excede l'obligation principale. Il paroît que les Juriſconſultes Romains ont penſé qu'il étoit entiérement nul, quoique Dumoulin *ad L. 51, Si ſtipulanti*, §. *ſed ſi mihi*, *n.* 30 *& ſeq.* ait voulu leur faire dire le contraire : cela réſulte évidemment de ces termes de la Loi 8, §. 7, ci-deſſus citée, *placuit eos omninò non obligari.* Il eſt vrai qu'*Haloander* dans ſon édition, lit *non omninò ;* mais c'eſt de ſon autorité privée qu'il a changé la leçon contre la foi des exemplaires, & contre l'autorité des Interpretes Grecs, qui on traduit ces termes, *omninò non* par οὐδὲν ὅλως, *id eſt*, *nullo modo.* C'eſt ce qui réſulte pareillement des autres textes ci-deſſus cités. La raiſon que rapporte Connanus, *Comment. Jur. n.* 68, de ce ſentiment des Juriſconſultes Romains, eſt qu'un cautionnement étant eſſentiellement une obligation acceſſoire de l'obligation principale, & étant de l'eſſence d'une obligation acceſſoire de ne rien contenir de plus que la principale, un cautionnement par lequel la caution s'oblige à quelque choſe de plus, peche dans ſa forme eſſentielle de cautionnement, & doit par conſéquent être abſolument nul. Ce raiſonnement, ſur lequel il y a lieu de penſer que les Juriſconſultes Romains ſe ſont fondés, eſt plus ſubtil que ſolide. De ce qu'un cautionnement eſt un acceſſoire de l'obligation principale, il s'enſuit ſeulement que lorſque la caution s'eſt obligée à plus, elle n'eſt pas valablement obligée à ce plus ; mais rien ne doit empêcher qu'elle le ſoit juſqu'à concurrence de ce à quoi le débiteur principal s'eſt obligé : car en voulant s'obliger à une ſomme plus grande, elle a voulu s'obliger à cette ſomme à laquelle le débiteur principal s'eſt obligé. C'eſt pourquoi les Loix Romaines n'étant ſuivies dans nos Provinces qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité naturelle, je penſe qu'on doit en ce point s'en écarter, & décider qu'une caution qui s'eſt obligée à une plus grande ſomme que celle portée par l'obligation principale, ou qui s'eſt obligée de payer préſentement ce que le débiteur principal ne devoit qu'au bout d'un certain terme, ou ſous une certaine condition, eſt valablement obligée à payer la ſomme portée en l'obligation

principale, aux termes & ſous les conditions y portées. La Coutume de Bretagne, *art.* 118, a ſuivi ce ſentiment; & Wiſſembach *ad Tr. de fid. n.* 10, convient que, quoique contraire aux textes de Droit, il eſt ſuivi dans la pratique.

376. Le principe que nous avons établi, que le fidéjuſſeur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que ne l'eſt le débiteur principal, *in duriorem cauſam*, doit s'entendre par rapport à ce qui eſt dû, & à ce qui fait l'objet de l'obligation. Le fidéjuſſeur ne peut pas, à la vérité, devoir plus que le débiteur doit, *quantitate*, *die*, *loco*, *conditione*, *modo*; mais quant à la qualité du lien, il peut être plus étroitement & plus durement obligé.

Par exemple, 1°. ſuivant les principes du Droit Romain, le fidéjuſſeur qui accede à une obligation purement naturelle, eſt plus étroitement obligé que le débiteur principal, puiſqu'il peut être contraint à payer, & que le débiteur principal ne le peut être, le créancier n'ayant point d'action contre lui.

2°. Suivant les principes du même Droit Romain, lorſque quelqu'un a cautionné un débiteur qui a, ce qu'on appelle, *exceptionem competentiæ*; comme ſi quelqu'un a cautionné le pere envers le fils créancier de ſon pere, le fidéjuſſeur eſt plus étroitement obligé que ne l'eſt le débiteur principal, puiſque le fidéjuſſeur peut être contraint dans toute la rigueur au paiement de toute la dette; au lieu que le débiteur principal ne le peut être que juſqu'à la concurrence de ce qui lui reſtera, en lui laiſſant ce qui lui eſt néceſſaire pour ſa ſubſiſtance; *L.* 173, ff. *de reg. jur.*

3°. Le fidéjuſſeur d'un mineur eſt ſouvent plus étroitement obligé que le débiteur principal, qui peut, s'il a été léſé, être reſtitué contre ſon obligation; au lieu que le fidéjuſſeur eſt obligé ſans eſpérance de reſtitution; *L.* 13 *de min.*; *L.* 1, *Cod. de fidejuſſ. minor.*

4°. Suivant nos uſages, une caution judiciaire eſt contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y ſoit pas ſujet, *putà* ſi c'eſt un Prêtre, un mineur, une femme, un ſeptuagenaire; & par conſéquent plus étroitement, &, quant à la qualité du lien, plus durement obligée.

Corollaire V.

377. Il réſulte de notre définition, que le cautionnement étant une obligation acceſſoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale, entraîne auſſi l'extinction du cautionnement, puiſqu'il eſt de la nature des choſes acceſſoires de ne pouvoir ſubſiſter ſans la choſe principale. Toutes les fois donc que le débiteur principal eſt libéré, de quelque maniere que ce ſoit, non-ſeulement par le paiement réel qu'il auroit fait de la dette, ou par la compenſation de la dette, mais auſſi par la remiſe qui lui en auroit été faite, le fidéjuſſeur eſt pareillement libéré: car l'eſſence du cautionnement étant que le fidéjuſſeur ſoit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorſqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il ſoit obligé.

378. Pareillement la caution eſt libérée par la novation qui eſt faite de la dette: car la caution ne peut plus être tenue de la premiere dette pour laquelle elle a été caution du débiteur, puiſqu'elle ne ſubſiſte plus, ayant été éteinte par la novation. Elle ne peut être tenue auſſi de la nouvelle dette, en laquelle a été convertie la premiere, puiſque cette nouvelle dette n'eſt pas celle à la-

quelle elle a accédé ; *novatione legitimè perfectâ debiti in aliam ſpeciem tranſlati, prioris contractûs fidejuſſores, vel mandatores liberatos eſſe non ambigitur, ſi modò in ſequenti ſe non obligaverint ;* L. 4, *Cod. de fidejuſſ.*

379. Pareillement, lorſque le débiteur principal devient ſeul héritier pur & ſimple du créancier ; *aut vice versâ*, lorſque le créancier devient ſeul héritier pur & ſimple du débiteur principal ; ou lorſqu'une même perſonne devient ſucceſſivement héritiere de l'une ou de l'autre, les fidéjuſſeurs ſont libérés, parce qu'il ne reſte plus de débiteur principal, par la confuſion qui ſe fait des qualités de créancier & de débiteur, leſquelles ſe trouvant réunies en une même perſonne, ſe détruiſent l'une & l'autre, perſonne ne pouvant être créancier de ſoi-même, ni débiteur de ſoi-même.

Il en ſeroit autrement ſi le débiteur n'étoit devenu héritier du créancier que ſous bénéfice d'inventaire, *aut vice versâ ;* car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confuſion des qualités, & de diſtinguer la perſonne, de l'héritier de la ſucceſſion bénéficiaire, le débiteur héritier bénéficiaire du créancier demeurant toujours débiteur envers la ſucceſſion bénéficiaire, ſes cautions ne ſont point libérées, car il y a un débiteur principal.

Lorſque le créancier ſuccede à ſon débiteur, non à titre d'héritier, mais à titre de donataire univerſel, ou de légataire univerſel, ou de déshérence, ou de confiſcation ; comme dans tous ces cas il n'eſt pas tenu des dettes indéfiniment, mais ſeulement juſqu'à la concurrence de la valeur des biens auxquels il ſuccede, la confuſion ne ſe fait que juſqu'à cette concurrence : d'où il ſuit que les cautions ne ſont déchargées que juſqu'à cette concurrence, & que s'il n'y a pas dans les biens qu'a laiſſé le débiteur, de quoi acquitter toute la dette, les cautions ſont obligées de payer le ſurplus : mais le créancier ne peut les pourſuivre, qu'il ne leur ait compté des biens du débiteur auquel il a ſuccédé.

Lorſque le débiteur devient héritier pur & ſimple, à la vérité, du créancier, mais pour partie ſeulement, *aut vice versâ*, la confuſion ne ſe faiſant que pour la portion pour laquelle il eſt héritier, ſes cautions ne ſont libérées que pour cette portion.

380. Lorſque le débiteur principal n'eſt pas libéré de plein droit, mais par quelque exception, ou fin de non-recevoir qu'il peut oppoſer contre la demande du créancier, les fidéjuſſeurs peuvent-ils oppoſer les mêmes fins de non-recevoir que peut oppoſer le débiteur principal ? Il faut à cet égard diſtinguer entre les exceptions ou fins de non-recevoir qu'on appelle *exceptiones in perſonam*, & celles qu'on appelle *exceptiones in rem :* les exceptions *in perſonam* ſont celles qui ſont fondées ſur quelque raiſon qui eſt perſonnelle au débiteur principal ; les exceptions *in rem*, ſont celles qui ſont ainſi appellées, parce qu'elles ne ſont pas fondées ſur quelque raiſon qui ſoit perſonnelle au débiteur principal, mais ſur la choſe même, c'eſt-à-dire, ſur la dette elle-même.

Ces exceptions *in rem* peuvent être oppoſées par les cautions, auſſi-bien que par le débiteur principal ; *rei cohærentes exceptiones etiam fidejuſſoribus competunt*, l. 7, §. 1, ff. *de excep. ;* & c'eſt de ces exceptions qu'il faut entendre ce qui eſt dit en la Loi 19, ff. *d. tit. Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejuſſori quoque, etiam invito reo competunt.*

Telle eſt l'exception de dol ou de violence ; telle eſt auſſi l'exception de la choſe jugée, ou du ſerment déciſoire, *d. l.* §. 1 : car ces exceptions étant fondées ſur ce qui a été décidé par la ſentence ou par le ſerment déciſoire, que la choſe n'étoit pas due, ſont des exceptions qui tombent ſur la choſe, & qui ne ſont pas fondées ſur quelque raiſon qui ſoit perſonnelle au principal débiteur ; & par conſéquent ce ſont des exceptions qui ne ſont point *exceptiones in perſonam*, mais *exceptiones in rem*, qui peuvent être oppoſées par les cautions auſſi-bien que par le débiteur principal, avec qui la choſe a été jugée, ou à qui on a déféré le ſerment. *Nec obſtat regula juris*, que la choſe jugée, non plus que le ſerment déciſoire, ne peuvent acquérir de droit à des tiers qui n'ont pas été parties ; *l.* 2, *Cod. Quib. res jud. non noc.* ; L. 3, §. 3, ff. *de jurejur.* : car cette regle ne doit pas s'entendre de ceux dont le droit eſt eſſentiellement lié avec celui de la perſonne qui a été partie, tels que ſont les cautions à l'égard du principal débiteur.

Lorſqu'un débiteur principal, par une tranſaction avec le créancier ſur la légitimité de la dette, eſt convenu de la payer, mais à la charge qu'il auroit terme de trois ans, l'exception que cette convention donne contre le créancier, s'il faiſoit des pourſuites avant le terme, eſt auſſi une exception *in rem* ; car elle eſt fondée ſur la choſe même : elle eſt fondée ſur le doute qu'il y avoit ſur la légitimité de la dette, ſur lequel doute on a tranſigé. Cette exception peut par conſéquent être oppoſée par les fidéjuſſeurs, auſſi-bien que par le débiteur principal, quoiqu'ils n'aient pas été parties en la tranſaction ; de-là naît une queſtion : on demande ſi le débiteur par une nouvelle convention avec le créancier, peut au préjudice des fidéjuſſeurs, permettre au créancier d'exiger ſa créance avant le terme porté par la premiere convention ? Paul en la Loi 27, §. 2, ff. *de pact.* décide formellement qu'il le peut, (quoique quelques interpretes, pour concilier ce texte avec la Loi *fin.*, ff. *d. tit.* qui décide le contraire, aient donné la torture au texte, pour lui faire dire autre choſe.) La raiſon de la déciſion de Paul eſt que le droit qui réſulte de la premiere convention ayant été formé par le concours des ſeules volontés du créancier & du débiteur, ſans que les fidéjuſſeurs y ſoient intervenus, il peut ſe détruire par un conſentement contraire ; *cùm quæque eodem modo diſſolvantur quo colligata ſunt.* Au contraire Furius-Anthianus décide que la nouvelle convention ne peut priver les fidéjuſſeurs de l'exception qui leur a été acquiſe par la premiere ; *l. fin.*, ff. *de pact.* & je penſe qu'il faut s'en tenir à cette déciſion : la raiſon alléguée pour celle de Paul ne peut avoir lieu que lorſqu'il n'y a pas un droit acquis à un tiers. Quelques Interpretes, dont j'ai ſuivi autrefois l'opinion, pour concilier *Furius-Anthianus* avec *Paul*, diſent que la déciſion de Furius n'a lieu que dans le cas auquel les fidéjuſſeurs ont ratifié & accepté la premiere convention ; mais cette conciliation eſt divinatoire : il n'eſt pas dit dans cette Loi que les fidéjuſſeurs avoient accepté la premiere convention ; on ne peut pas même le ſuppoſer ; car en le ſuppoſant, Furius auroit mis en queſtion ce qui n'auroit pas pu faire de queſtion.

Paſſons maintenant aux exceptions *in perſonam.*

Ces exceptions qui ſont fondées ſur l'inſolvabilité ou le peu de ſolvabilité du débiteur principal, & ſur le privilege perſonnel qu'il a de ne pouvoir être

contraint ſur ſon néceſſaire, ne peuvent être oppoſées par les cautions. C'eſt ce que nous apprenons de la Loi 7, ff. *de except.* qui enſeigne que l'exception qui eſt accordée à un débiteur, qui ſeroit ou le pere, ou la mere, ou le mari, ou le patron, ou l'aſſocié du créancier pour ne pouvoir être contraint au paiement ſur ſon néceſſaire, ne peut être oppoſée par les cautions: la raiſon eſt évidente. L'état de pauvreté de ce débiteur principal ne le libere pas de ſon obligation; & s'il venoit par la ſuite à avoir la commodité de payer, il pourroit y être contraint. En attendant, ſon obligation ne laiſſe pas de ſubſiſter dans tout ſon entier, & elle ſert d'un fondement ſuffiſant à celle de ſes cautions. Son état de pauvreté ne la détruit pas, elle en arrête ſeulement l'exécution par l'exception qu'il a de ne pouvoir être contraint au paiement ſur ſon néceſſaire: mais cette exception étant fondée ſur ſa qualité de pere ou de mari, *&c.* qui lui eſt perſonnelle, ne peut être oppoſée par ſes cautions.

Il en eſt de même de l'exception qui réſulte de la ceſſion des biens: lorſque le débiteur principal a fait une ceſſion de ſes biens, & qu'ils n'ont pas ſuffi à payer ce qu'il devoit, il n'eſt pas libéré du ſurplus; *l.* 1, *Cod. qui bon. ced.* & ſon obligation qui ſubſiſte pour le ſurplus, eſt un fondement ſuffiſant à l'obligation de ſes cautions pour ce ſurplus. Néanmoins tant qu'il n'a pas acquis de nouveaux biens au-delà de ce qui lui eſt néceſſaire pour ſa ſubſiſtance, il peut oppoſer contre les pourſuites que feroit contre lui un créancier, une fin de non-recevoir réſultante de la ceſſion qu'il a faite de ſes biens; *l.* 3, *Cod. de bon. author. jud. poſſid.*; L. 4, ff. *de ceſſ. bonor.* Il eſt évident que cette fin de non-recevoir eſt fondée ſur une raiſon de faveur qui eſt perſonnelle au débiteur, c'eſt *exceptio in perſonam*, que ſes cautions ne peuvent oppoſer.

Je penſe qu'il en eſt de même de l'exception qui naît d'un contrat d'attermoiement auquel un créancier auroit été obligé d'accéder, par lequel on accorde au débiteur remiſe d'une partie de la dette, & certains termes pour le paiement du ſurplus. Je crois que l'exception que donne ce contrat au débiteur principal contre la demande qui ſeroit donnée contre lui avant les termes accordés par ledit contrat, ou contre la demande de ce qui lui a été remis par ledit contrat, ne doit pas paſſer aux fidéjuſſeurs, & qu'ils peuvent être pourſuivis incontinent pour le paiement du total de la créance: car il eſt évident que cette exception eſt une exception *in perſonam*, qui n'eſt accordée au débiteur qu'en conſidération de ſon état de pauvreté qui lui eſt perſonnel. Les remiſes accordées par le contrat d'attermoiement n'ayant pas été accordées *animo donandi*, mais par néceſſité, l'exception qui réſulte de ce contrat, ainſi que la précédente, ne donne atteinte qu'à l'obligation civile: l'obligation naturelle, pour ce qui reſte à payer, ſubſiſte dans toute ſon intégrité, & ſert d'un fondement ſuffiſant à l'obligation des fidéjuſſeurs: cette raiſon ſert de réponſe à celle qu'on allegue en premier lieu pour l'opinion contraire, qui conſiſte à dire qu'il eſt de l'eſſence du cautionnement que le fidéjuſſeur ne peut être tenu à plus que n'eſt tenu le débiteur principal. Quant au ſecond moyen qu'on allegue pour l'opinion contraire, qui conſiſte à dire, que ſi le fidéjuſſeur ne profitoit pas du contrat d'attermoiement, & pouvoit être obligé de payer le total de la dette, il arriveroit indirectement que le débiteur principal n'en profiteroit pas lui-même,

à cauſe du recours que le fidéjuſſeur qui auroit payé le total, auroit contre lui : la réponſe eſt que cela n'arrivera pas, parce que le fidéjuſſeur qui a payé le total eſt, en ſa qualité de créancier de cette ſomme pour ſon indemnité, obligé, auſſi-bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'attermoiement, & de faire ſur cette indemnité, au débiteur principal, les remiſes qui ſont portées audit contrat. Il faut néanmoins convenir que l'opinion contraire eſt autoriſée par deux anciens Arrêts, cités par Baſnage, dont l'un eſt du Parlement de Paris, & l'autre du Parlement de Normandie, & eſt le 114e de ceux rapportés par Montholon : mais je ne penſe pas que la déciſion de ces Arrêts doive être ſuivie, par les raiſons ci-deſſus rapportées. Cette déciſion paroît même réſiſter à la nature du cautionnement, qui eſt un acte auquel un créancier a recours pour ſa ſûreté, contre le riſque de l'inſolvabilité du débiteur principal : or, que deviendroit cette ſûreté, ſi le créancier n'avoit pas le droit d'exiger de la caution ce que l'inſolvabilité du débiteur principal l'obligeroit de remettre au débiteur principal ? Notre ſentiment eſt conforme à l'article XIII des Arrêtés de M. de Lamoignon ſur ce titre.

Lorſqu'il y a eu convention entre un créancier & le débiteur principal, par laquelle le créancier pour gratifier le débiteur principal, ſeroit convenu avec lui de ne lui pas demander le paiement de la dette, ſi le créancier par la ſuite en demandoit le paiement aux cautions, les cautions pouvoient, à la vérité, lui oppoſer l'exception qui réſulte de la convention qu'il a eue avec le débiteur principal : mais ſuivant l'ancien Droit Romain, les cautions n'avoient ce droit que parce que la demande donnée contre les cautions réfléchiſſoit contre le débiteur principal qui étoit obligé de les en acquitter, *actione contrariâ mandati aut negotiorum geſtorum :* c'eſt pourquoi dans le cas auquel la demande donnée contre les cautions n'eût pas dû réfléchir contre le débiteur principal, *putà* parce que ces cautions l'auroient cautionné *donandi animo*, avec proteſtation de ne rien répéter contre le débiteur principal de ce qu'ils ſeroient obligés de payer pour lui, les cautions ne pouvoient en ce cas, ſuivant les principes de l'ancien Droit, oppoſer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier & le débiteur principal ; parce que cette convention & l'exception qui en réſulte étant fondées ſur la conſidération perſonnelle que le créancier a eue pour le débiteur principal qu'il a voulu gratifier, c'eſt une exception *in perſonam* qui n'appartient point aux cautions. C'eſt ce que nous apprenons de la Loi 32, ff. *de pact.* où il eſt dit : *Quod dictum eſt, ſi cum reo pactum ſit ut non petatur, fidejuſſori quoque competere exceptionem, propter rei perſonam placuit, ne mandati judicio conveniatur : igitur ſi mandati actio nulla ſit, fortè ſi donandi animo fidejuſſerit, dicendum eſt non prodeſſe exceptionem fidejuſſori.*

Quand même la caution ſeroit une caution ordinaire, qui a recours contre le débiteur principal pour ce qu'elle eſt obligée de payer pour lui, elle ne pourroit, ſelon les principes du Droit Romain, oppoſer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier & le débiteur principal, ſi par cette convention le créancier, en promettant de ne pas demander le paiement de la dette au débiteur principal, s'étoit expreſſément réſervé de pouvoir le demander à la caution ; *Debitoris conventio fidejuſſoribus proficiet, niſi hoc actum*

eſt

eſt ut duntaxat, à reo non petatur, à fidejuſſore petatur : tunc enim fidejuſſor exceptione non utetur ; L. 21, §. 5, *in fin.* 22, ff. *d. tit.*

Cujas dans ſon Commentaire ſur ledit §. 5, obſerve fort bien qu'en cela les fidéjuſſeurs différoient de ceux qu'on appelle en Droit *mandatores pecuniæ credendæ ;* car ſi à votre réquiſition j'avois prêté à quelqu'un une ſomme d'argent, je ne pourrois pas par la ſuite, en convenant avec le débiteur que je ne lui demanderois pas le paiement de la dette, me réſerver valablement le pouvoir de vous le demander. Il nous en donne cette raiſon de différence : lorſqu'à votre réquiſition j'ai prêté une ſomme d'argent à quelqu'un, je ſuis, par la nature du contrat de mandat qui eſt intervenu entre nous, obligé de vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait en exécution de votre mandat; tout mandataire étant obligé, *actione mandati directâ*, à tenir compte au mandant de tout ce qu'il a acquis en exécutant le mandat : donc lorſque par mon fait je me ſuis mis hors d'état de pouvoir remplir mon obligation envers vous, & de pouvoir vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait au débiteur, ſoit en convenant avec le débiteur de ne lui rien demander, ſoit en laiſſant, par ma faute, donner congé de ma demande contre ce débiteur, ſoit de quelqu'autre maniere que ce ſoit, je ne dois plus être recevable à répéter de vous, *actione mandati contrariâ*, la ſomme que j'ai prêtée par votre ordre à ce débiteur; L. 95, §. *pen.* ff. *de ſolut. ;* car c'eſt un principe commun à tous les contrats ſynallagmatiques que la partie qui manque à ſon obligation, n'eſt pas recevable à demander à l'autre partie l'accompliſſement de la ſienne.

Il n'en eſt pas de même des fidéjuſſeurs : un créancier, ſuivant les principes de l'ancien Droit Romain, comme l'obſerve Cujas *ad d.* §. ne contracte aucune obligation envers les fidéjuſſeurs de leur conſerver ſes actions contre le débiteur principal contre lequel ils en ont une de leur chef; c'eſt par une pure raiſon d'équité qu'il n'en peut refuſer la ceſſion à la caution lors du paiement qu'elle fait; mais il n'eſt tenu de les céder que telles qu'il les a, & autant qu'il les a; c'eſt pourquoi la convention qu'il a eue avec le débiteur, par laquelle il a rendu inefficaces ſes actions contre lui, ne l'exclut pas de pouvoir demander au fidéjuſſeur le paiement de la dette.

Tel étoit l'ancien Droit, qui, comme l'obſerve Cujas *ad d.* §. 5, ne peut gueres avoir lieu depuis la Novelle de Juſtinien : *Jure novo*, dit Cujas, *haud facilè procedere poteſt ;* car Juſtinien ayant, par ſa Novelle, accordé aux fidéjuſſeurs l'exception de diſcuſſion, *beneficium ordinis*, qui conſiſte dans le droit qu'il leur donne, lorſqu'ils ſont pourſuivis par le créancier, à le renvoyer à ſe pourvoir auparavant contre le débiteur principal, & à diſcuter pour cet effet ſes biens, il eſt évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne lui pas demander le paiement de la dette, ſe réſerver le pouvoir de le demander aux fidéjuſſeurs; car il ne peut par ſon fait les priver du droit & de l'exception que la Loi leur donne.

Selon les principes du Droit François, outre cette raiſon tirée de la Novelle, pour qu'un créancier ne puiſſe en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, ſe réſerver le pouvoir de le demander aux cautions, il y en a une autre qui n'eſt pas moins déciſive : elle ſe tire de la différence des principes du Droit Romain, & des nôtres ſur les ſimples pactes.

Selon les principes du Droit Romain, il n'y avoit que les obligations qui avoient été formées par le ſeul conſentement des parties, qui pouvoient ſe détruire par un conſentement contraire. A l'égard de toutes les autres, lorſque le créancier vouloit en faire remiſe au débiteur, il ne pouvoit le faire que par la formule de l'acceptilation ou ſimple, ou Aquilienne. Sans cela la convention qu'il avoit eue avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, n'étoit qu'un ſimple pact qui ne pouvoit détruire l'obligation du débiteur : car de même qu'un ſimple pact ne peut pas produire une obligation civile, il ne peut pas auſſi la détruire. Il eſt vrai que cette convention donnoit au débiteur une exception pour exclure le créancier de la demande qu'il auroit donnée contre lui contre la foi de la convention ; mais le débiteur ne tenoit cette exception que de l'équité Prétorienne contre la rigueur du droit : l'obligation qu'il avoit contractée ne laiſſoit pas de ſubſiſter *ipſo jure* en ſa perſonne, & étoit un ſuffiſant fondement pour conſerver celle des fidéjuſſeurs qui y avoient accédé.

Il en étoit de même de la convention par laquelle le créancier par libéralité auroit accordé un certain terme à ſon débiteur, qui avoit d'abord contracté une obligation pure & ſimple & ſans aucun terme. Cette convention n'étoit qu'un ſimple pact qui ne donnoit au débiteur qu'une exception contre la demande que le créancier, contre la foi de la convention, auroit donnée contre lui avant le terme : mais ſi par la convention le créancier avoit déclaré qu'il n'entendoit accorder le terme qu'au débiteur, & non aux cautions, cette convention, ſuivant les principes de l'ancien Droit, ne l'empêchoit pas d'agir contre les cautions avant le terme, qui ne pouvoient pas lui oppoſer le principe de Droit, qu'il eſt de la nature & de l'eſſence du cautionnement que la caution ne ſoit pas obligée à plus que le débiteur principal, & qu'elle ait les mêmes termes de paiement ; car la convention par laquelle le terme a été accordé au débiteur n'étant qu'un ſimple pact, n'a pu donner atteinte à ſon obligation, ni la diminuer : elle ſubſiſte *ipſo jure*, telle qu'elle a été contractée, comme obligation pure & ſimple & ſans terme, & elle laiſſe ſubſiſter de même celle des cautions. Si le débiteur peut jouir du terme qui lui a été accordé par la convention, ce n'eſt que par une exception qu'il ne tient que de l'équité Prétorienne contre la rigueur du Droit, & qui n'étant fondée que ſur une conſidération perſonnelle pour le débiteur, ne paſſe pas à ſes cautions.

Ces principes du Droit Romain ſur l'effet des ſimples pacts, ne ſont point puiſés dans le Droit naturel, & ne ſont fondés que ſur des ſubtilités très-oppoſées à l'eſprit & à la ſimplicité de notre Droit François. Nous ne connoiſſons point la ſolemnité de l'acceptilation : toutes les conventions peuvent produire des obligations civiles, les éteindre & les modifier. Lorſqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, ſelon la ſimplicité de notre Droit François, libere de plein droit le débiteur ; c'eſt pourquoi le créancier ne peut pas valablement ſe réſerver d'en pouvoir demander le paiement aux cautions, la libération du débiteur entraînant néceſſairement celle des cautions.

Pareillement dans notre Droit, lorſque depuis le contrat un créancier par libéralité accorde un certain terme de paiement à ſon débiteur, il ne peut pas valablement exclure de ces termes les cautions : car la convention ayant l'effet

de modifier de plein droit l'obligation du débiteur, & d'une obligation pure & ſimple d'en faire une obligation avec un terme de paiement, l'obligation des cautions reçoit néceſſairement la même modification, & a le même terme de paiement qu'a l'obligation du débiteur principal; étant de l'eſſence du cautionnement que la caution ne ſoit obligée à plus que le débiteur principal.

Si dans le cas d'un contrat d'attermoiement fait entre les créanciers & le débiteur, les cautions ne jouiſſent pas des remiſes & des termes accordés au débiteur par le contrat, comme nous l'avons décidé ci-deſſus, c'eſt que les remiſes & les termes qui ſont accordés au débiteur par ce contrat, ne tombent que ſur l'obligation civile; l'obligation naturelle demeure dans ſon entier, en conſéquence de laquelle le débiteur lui-même, ſi la commodité de payer lui ſurvenoit, ne pourroit dans le for de la conſcience jouir des remiſes ni des termes qui lui ont été accordés. Cette obligation naturelle ſuffit, comme nous l'avons dit, pour ſervir de fondement à celle des cautions: mais lorſqu'un créancier, de ſon bon gré & par libéralité, a déchargé ſon débiteur, ou lui a accordé terme, le débiteur n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement, de payer la ſomme qui lui a été remiſe, n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement de payer avant le terme, c'eſt une conſéquence que les cautions ne le ſoient plus auſſi.

381. Lorſque le débiteur principal ſe fait reſtituer contre ſon obligation par des lettres de reſciſion, la reſciſion de ſon obligation entraîne-t-elle la reſciſion de celles des cautions? Il faut faire la même diſtinction que nous avons faite à l'égard des exceptions. Si la reſtitution eſt fondée ſur quelque vice réel de l'obligation, comme ſur le dol, la violence, l'erreur, la léſion énorme, la reſciſion de l'obligation principale entraîne celle des fidéjuſſeurs. Si au contraire la reſtitution eſt fondée ſur des raiſons qui ſoient perſonnelles au débiteur principal; comme par exemple, ſur ſa minorité, en ce cas la reſciſion qu'il obtient de ſon obligation n'entraîne point celle des fidéjuſſeurs; ce débiteur principal n'acquiert par la reſtitution qu'une défenſe qui lui eſt perſonnelle contre ſon débiteur, laquelle nonobſtant la reſciſion, ſubſiſte en quelque façon *naturaliter*, & eſt un ſujet ſuffiſant auquel l'obligation des fidéjuſſeurs peut accéder: c'eſt ce qui eſt décidé par la Loi 13, ff. *de minorib.* & bien nettement par la Loi 1, *Cod. de fidejuſſ. min.*

Il y a néanmoins un cas auquel la reſciſion de l'obligation principale, quoique pour ſeule cauſe de minorité, entraîne celle des fidéjuſſeurs: c'eſt lorſque le débiteur principal s'eſt obligé en une qualité que la reſciſion a détruite; comme s'il s'étoit obligé en qualité d'héritier, & qu'il ſe fît reſtituer contre ſon acceptation de ſucceſſion; car le débiteur principal n'étant pas obligé de ſon chef, mais en une qualité d'héritier qu'il n'a plus & qu'il a perdue par la reſciſion de ſon acceptation de ſucceſſion, il n'eſt plus débiteur en tout, même *naturaliter*; ſon obligation attachée à cette qualité qui eſt détruite, ne ſubſiſte plus: c'eſt ce qui eſt décidé en la Loi 89, ff. *de acquir. hered.*

382. La regle que nous avons établie, que l'extinction de l'obligation principale entraînoit celle du fidéjuſſeur, ſouffre une eſpece d'exception dans le cas auquel la choſe due ſeroit périe par le fait ou la faute du fidéjuſſeur, ou

depuis qu'il a été conſtitué en demeure : en ce cas, quoique l'obligation du débiteur principal, qui n'a pas été conſtitué en demeure, ſoit éteinte par l'extinction de la choſe qui en faiſoit l'objet, le ſidéjuſſeur demeure obligé. C'eſt ce que décide la Loi 32, §. 5, *de Uſur. Si fidejuſſor ſolus moram fecerit, reus non tenetur, ſicuti ſi ſtichum promiſſum occiderit, ſed* UTILIS ACTIO *in hunc (fidejuſſorem) dabitur.*

Ce qui a été établi contre le principe de Droit, qui ne permet pas que l'obligation du fidéjuſſeur puiſſe ſubſiſter après l'extinction de l'obligation principale : c'eſt ce que nous marque le Juriſconſulte, en nous diſant qu'en ce cas l'action qui a lieu contre le fidéjuſſeur eſt une *action utile (actio utilis)* ; c'eſt-à-dire, qui eſt donnée *contrà tenorem juris, ita ſuadente utilitate & æquitate* par forme de dommages & intérêts, & en punition de la faute ou demeure du fidéjuſſeur.

COROLLAIRE VI.

383. De ce que le fidéjuſſeur, ſuivant notre définition, eſt celui qui s'oblige pour un autre qui accede à l'obligation d'un autre, les Juriſconſultes Romains avoient tiré cette conſéquence, que toutes les fois que les deux qualités de débiteur principal & de fidéjuſſeur de ce débiteur ſe trouvoient concourir dans une même perſonne, ce qui arrive lorſque le fidéjuſſeur devient héritier du débiteur principal, *aut vice versâ*, lorſque le débiteur principal devient héritier du fidéjuſſeur, ou lorſqu'un tiers devient héritier de l'un & de l'autre ; en tous ces cas la qualité de débiteur principal détruiſoit celle de fidéjuſſeur ; un fidéjuſſeur étant eſſentiellement celui qui eſt obligé pour un autre, & ne pouvant être le fidéjuſſeur de ſoi-même ; d'où ils concluoient que dans tous ces cas, l'obligation du cautionnement étoit éteinte, & qu'il ne reſtoit plus que l'obligation principale ; L. 93, §. 2 *& fin.* ff. *de ſolut.* ; L. 5, ff. *de fid.* ; L. 24, *Cod. de fidej.*

Delà ils concluoient que ſi le fidéjuſſeur avoit lui-même donné un fidéjuſſeur qui accédât à ſon obligation, en tous ces cas l'obligation de ce fidéjuſſeur du fidéjuſſeur étoit éteinte par l'extinction de celle du fidéjuſſeur, qui étoit comme une obligation principale vis-à-vis de celle de ce fidéjuſſeur du fidéjuſſeur ; L. 38, §. *fin.* ff. *de ſolut.*

Selon nos uſages, on n'a pas égard à cette ſubtilité, & un certificateur de caution qui eſt *fidejuſſor fidejuſſoris* n'eſt pas déchargé, parce que le fidéjuſſeur qu'il a certifié, eſt devenu héritier du principal débiteur, *aut vice versâ* ; il y a d'autant plus lieu de le penſer, que les Juriſconſultes Romains avoient été partagés d'avis ſur cette queſtion ; *d. l.* 93, §. *fin.* Au ſurplus, quand même on décideroit ſuivant le Droit Romain, qu'il ſe feroit dans ce cas confuſion de l'obligation du fidéjuſſeur les hypotheques données par ce fidéjuſſeur ne laiſſent pas de ſubſiſter ; car les hypotheques ne s'éteignent que par le paiement ; & cette confuſion, qui ſelon la ſubtilité, déſoblige le fidéjuſſeur en ſa qualité de fidéjuſſeur, n'équipolle pas à un paiement : c'eſt ce qui eſt décidé *d. l.* 38, §. *fin.*

Lorſque la caution devient héritiere de ſon cofidéjuſſeur, il n'eſt pas douteux qu'il ne ſe fait en ce cas aucune confuſion, & que les deux obligations

ſubſiſtent, quoique réunies dans une même perſonne; L. 21, §. 1, ff. *de fidej.*; de même que lorſqu'un débiteur principal ſuccede à ſon codébiteur principal, les deux obligations ſubſiſtent; L. 5, ff. *d. tit.*

384. De ce qu'il eſt de l'eſſence de l'obligation des fidéjuſſeurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle ſoit éteinte, lorſque le débiteur principal eſt mort ſans avoir laiſſé d'héritiers. La raiſon de douter ſeroit qu'il ne reſte aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjuſſeur puiſſe paroître accéder. La raiſon de décider, qui peut en même-temps ſervir de réponſe à cette objection, eſt que la ſucceſſion, quoique vacante, de ce débiteur principal, le repréſente & tient lieu de ſa perſonne, ſuivant la regle *hereditas jacens perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*; & par conſéquent il reſte au moins *fictione juris* un débiteur principal, à l'obligation duquel accede celle des fidéjuſſeurs.

Vice versâ, lorſque le créancier envers qui le cautionnement a été ſubi, meurt & laiſſe ſa ſucceſſion vacante, cette ſucceſſion le repréſente, & eſt une perſonne fictive envers laquelle le cautionnement continue de ſubſiſter.

385. Lorſque le cautionnement a été ſubi envers un créancier dans une certaine qualité qu'avoit le créancier, le cautionnement ſubſiſte envers les perſonnes à qui cette qualité a paſſé. Par exemple, ſi j'ai cautionné le débiteur d'une ſucceſſion envers l'héritier en ſa qualité d'héritier, cet héritier ayant depuis reſtitué la ſucceſſion à un héritier fidéi-commiſſaire en la perſonne de qui la qualité d'héritier & tous les droits héréditaires ont paſſé, le cautionnement ſubſiſte envers l'héritier fidéi-commiſſaire; L. 21, ff. *de fid.*

SECTION II.

Diviſion des Fidéjuſſeurs ou Cautions.

386. Nous avons dans notre Droit François trois différentes eſpeces de cautions ou fidéjuſſeurs; les cautions purement conventionnelles, les légales, & les judiciaires.

Les conventionnelles ſont celles qui interviennent par la convention des parties dans les différens contrats; comme dans les contrats de prêt, de vente, de louage, & autres ſemblables. Par exemple, une perſonne emprunte de l'argent & donne une caution qui s'oblige envers le préteur à la reſtitution de la choſe prêtée, ou bien achete une choſe, ou la prend à loyer, & donne une caution qui s'oblige avec lui au paiement du prix ou de la ferme; telles cautions ſont *cautions conventionnelles*: ce n'eſt ni la Loi ni le Juge qui ordonne ces cautions, c'eſt la ſeule convention des parties qui les fait intervenir, parce que l'emprunteur, l'acheteur, le preneur ſont convenus avec le préteur le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les cautions légales ſont celles que la Loi ordonne de donner, telles que celles qu'un donataire mutuel, ou autre uſufruitier eſt tenu de donner, pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'uſufruit, *&c.*

Les cautions judiciaires ſont celles qui ſont ordonnées par le Juge; comme

lorſque le Juge ordonne qu'une perſonne touchera par proviſion une ſomme, en donnant caution de la rapporter, s'il eſt dit que faire ſe doive.

SECTION III.

Des qualités que doivent avoir les Cautions.

§. I.

Des qualités que doit avoir une perſonne pour contracter un cautionnement valablement.

387. Il faut, avant toutes choſes, que la caution ſoit capable de contracter, & de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui ſont incapables de contracter, tels que ſont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées lorſqu'elles ne ſont pas autoriſées, les Religieux, ne peuvent être cautions.

338. Par le Droit Romain, les femmes ne pouvoient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres: le Sénatuſconſulte Velleïen infirmoit leur obligation.

Juſtinien, par ſa Novelle 134, *cap.* 8, avoit permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnoit ce Sénatuſconſulte.

Ce droit a été autrefois ſuivi en France: mais comme la clauſe de renonciation au Sénatuſconſulte Velleïen, qui étoit devenue de ſtyle dans les actes des Notaires, en rendoit l'effet inutile, & qu'il n'en pouvoit réſulter que des procès, il a plu au Roi Henri IV d'abroger entiérement par ſon Edit de 1606, le droit du Sénatuſconſulte Velleïen; & en conſéquence il n'a plus lieu dans tout le reſſort du Parlement de Paris, où cet Edit a été enrégiſtré.

En Normandie où il ne l'a point été, le droit du Velleïen y eſt obſervé dans toute ſa rigueur; & la Novelle qui permettoit aux femmes d'y renoncer, n'y eſt pas ſuivie.

Dans cette diverſité de Juriſprudence, on doit ſuivre la loi du lieu du domicile qu'avoit la femme lorſqu'elle a contracté le cautionnement; car les loix qui reglent les obligations des perſonnes, telle qu'eſt le Velleïen, qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui, ſont des ſtatuts perſonnels qui exercent leur empire ſur toutes les perſonnes qui y ſont ſoumiſes par leur domicile qu'elles ont dans leur territoire, en quelque lieu que ſoient ſitués les biens de ces perſonnes, & en quelque lieu qu'elles contractent. C'eſt pourquoi ſi une femme, domiciliée en Normandie, ſe rendoit caution pour quelqu'un, quoique l'acte du cautionnement fût paſſé à Paris où le Velleïen eſt abrogé, le cautionnement ſera nul.

Mais quoiqu'une femme ait été mariée en Normandie, ſi ſon mari a transféré ſon domicile à Paris, cette femme ayant ceſſé par cette tranſlation de domicile d'être ſoumiſe aux Loix de Normandie, les cautionnemens qu'elle contractera depuis cette tranſlation de domicile, ſeront valables.

L'obligation perſonnelle qu'une Normande a contractée en ſe rendant cau-

tion, étant nulle, c'eſt une conſéquence que l'hypotheque de ſes biens ſous laquelle elle s'eſt obligée, ſoit pareillement nulle, quoiqu'ils ſoient ſitués à Paris, l'hypotheque ne pouvant ſubſiſter ſans l'obligation perſonnelle dont elle eſt l'acceſſoire.

Vice versâ, ſi une Pariſienne s'eſt rendue caution par un acte devant Notaires, ſes biens, quoique ſitués en Normandie, ſeront hypothéqués ; cette hypotheque étant une ſuite de l'obligation qu'elle a contractée par un acte authentique.

On fera peut-être cette objection : on convient, dira-t-on, que le Velleïen eſt un ſtatut perſonnel quant à ſa premiere partie, par laquelle il défend aux femmes d'obliger leurs perſonnes pour autrui; mais il a une ſeconde partie par laquelle il leur défend auſſi d'obliger leurs biens pour la dette d'autrui. Le Velleïen ayant pour objet de cette ſeconde partie, des choſes, il eſt, quant à cette ſeconde partie, un ſtatut réel ; & ſuivant la nature des ſtatuts réels, il exerce ſon empire ſur toutes les choſes ſituées dans le territoire où il eſt en vigueur, à quelques perſonnes que ces choſes appartiennent; donc il annulle l'obligation qu'une femme, quoique perſonne non ſoumiſe perſonnellement à ſon empire, fait de ſes biens ſitués en Normandie, pour la dette d'autrui.

Ma réponſe eſt que cet argument prouve ſeulement que ſi une Pariſienne, ſans ſe rendre caution & ſans s'obliger perſonnellement, obligeoit ſes biens ſitués en Normandie, pour la dette d'autrui, cette obligation ſeroit nulle; parce que le Velleïen, obſervé en Normandie, qui a empire ſur les choſes qui y ſont ſituées, en empêche l'obligation pour la dette d'autrui : mais lorſque l'obligation deſdits biens n'eſt qu'une ſuite de l'obligation perſonnelle, contractée par un acte devant Notaire par une Pariſienne, la Loi de Normandie ne peut l'infirmer ; car cette loi n'ayant aucun empire ſur l'obligation perſonnelle d'une Pariſienne, n'en peut avoir ſur ce qui n'en eſt que l'acceſſoire.

Le Velleïen n'étant ſtatut perſonnel que quant à la premiere partie, & étant ſtatut réel quant à la ſeconde partie, il s'enſuit qu'une femme Normande peut, en ne ſe rendant pas caution, & en ne contractant aucune obligation perſonnelle, obliger à la dette d'autrui les biens qu'elle a, qui ſont ſitués hors la Normandie, dans une Province où le Velleïen eſt abrogé ; car les ſtatuts réels n'exercent leur empire que ſur les choſes ſituées dans leur territoire.

389. Les mineurs, quoiqu'émancipés, ne s'obligent pas valablement comme cautions pour les affaires des autres; car l'émancipation ne leur donne que le pouvoir d'adminiſtrer leurs biens, & il eſt évident que le cautionnement pour les affaires d'autrui, ne fait pas partie de cette adminiſtration.

Cela a lieu, même à l'égard d'un mineur Marchand, qui cautionneroit un autre Marchand, pour une affaire de commerce à laquelle il n'auroit aucun intérêt : car ſa qualité de Marchand ne lui donne le pouvoir de contracter ſans eſpérance de reſtitution, que pour les affaires de ſon commerce : or, une affaire d'un autre Marchand à laquelle il n'a aucun intérêt, n'eſt pas une affaire de ſon commerce ; *Baſnage, Traité des hypot.* part. 2, ch. 2; *Deſpeiſſes, Trait. des cautions*, S. 1.

Par la même raiſon un mineur qui, par diſpenſe du Prince, exerce une charge publique, n'en eſt pas moins reſtituable contre un cautionnement qu'il auroit

contracté; car la diſpenſe du Prince ne le fait réputer majeur, que pour ce qui concerne la charge publique qu'il lui permet de poſſéder: d'où il ſuit qu'il n'y a que les engagemens relatifs à l'adminiſtration de cette charge, qu'il puiſſe contracter ſans eſpérance de reſtitution. Ces principes ſont certains, malgré un Arrêt contraire cité par Deſpeiſſes, *ibid.*

Il y a des cas extrêmement favorables, dans leſquels le cautionnement d'un mineur peut être valable. Par exemple, on a jugé un mineur non reſtituable contre ſon cautionnement, pour tirer ſon pere de priſon.

Le cautionnement d'un mineur fait pour cette cauſe doit ſur-tout être confirmé, lorſque le pere n'avoit pas la voie de la ceſſion de biens pour ſortir de priſon; & lorſque ce cautionnement ne cauſoit pas un dommage & un dérangement trop notable dans la fortune du fils. Mais ſi le pere avoit la voie de la ceſſion de biens, on doit ſubvenir au fils mineur qui a eu la facilité de ſubir un cautionnement conſidérable pour ſon pere, lequel n'étoit pas néceſſaire. On peut auſſi entrer en conſidération de l'âge du mineur; celui qui étoit dans un âge qui approchoit de la majorité, devant être plus difficilement reſtitué contre ſon cautionnement fait pour cette cauſe, que celui qui étoit dans un âge moins avancé. Baſnage prétend que pour que le cautionnement d'un mineur fût dans ce cas non ſujet à la reſciſion, il faut que le mineur eût, lorſqu'il l'a ſubi, au moins l'âge de dix-huit ans, qui eſt l'âge de la puberté complette, & celui auquel par la Novelle 115, *cap.* 3, §. 13, les enfans étoient obligés, ſous peine d'exhérédation, de racheter leurs peres captifs: il cite un Arrêt qui annulle un cautionnement fait pour cette cauſe, par un mineur de ſeize ans. Dans tous ces cas, on a beaucoup d'égard aux différentes circonſtances; & de-là naît la variété des Arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet; *L. A. ch.* 9.

§. II.

Des qualités requiſes pour qu'une perſonne ſoit reçue à être caution.

390. Lorſqu'un débiteur eſt obligé, ſoit par la Loi, ſoit par le Juge, ſoit par la ſimple convention, de donner à ſon créancier une caution; pour que la caution qu'il préſente ſoit recevable, il ne ſuffit pas qu'elle ait cette premiere qualité qui eſt requiſe avant toutes choſes, & qui conſiſte à être capable de s'obliger comme caution: il faut outre cela, 1°. que cette caution ſoit ſolvable, & ait un bien ſuffiſant pour répondre de l'obligation à laquelle elle accede.

Lorſque le créancier à qui la caution eſt préſentée, conteſte ſa ſolvabilité, la caution doit en juſtifier par le rapport des titres des biens immeubles qu'elle poſſede, ſinon la caution doit être rejettée.

Pour juger de la ſolvabilité d'une caution, & ſi les biens ſont ſuffiſans pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ſes biens meubles, attendu que ces biens s'alienent facilement, & qu'ils n'ont pas de ſuite par hypotheque: néanmoins lorſque la dette eſt modique, & qu'elle ne doit pas durer long-temps, on admet pour caution des Marchands qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne conſiſte qu'en biens meubles; *Baſnage, ibid.*

On n'a pas d'égard non plus aux biens immeubles qui ſont litigieux, ni à ceux

ceux qui ſont ſitués dans un pays trop éloigné, la diſcuſſion en étant trop difficile; *Baſnage, ibid.*

2°. La caution doit être domiciliée ſur le lieu où elle doit être donnée, c'eſt-à-dire, dans l'étendue du Bailliage, afin que la diſcuſſion n'en ſoit pas trop difficile: *Fidejuſſor locuples videtur non tantùm ex facultatibus, ſed ex conveniendi facilitate;* L. 2, ff. *Qui ſatiſd.* On eſt néanmoins à cet égard plus indulgent envers ceux qui ſont obligés par la Loi ou par le Juge à donner caution, qu'envers ceux qui s'y ſont ſoumis volontairement: ceux-ci ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils n'en peuvent trouver ſur le lieu, s'étant ſoumis volontairement à en donner, *ſibi imputare debent*: on doit facilement admettre les autres à donner pour cautions des perſonnes de leur pays, lorſqu'ils n'en peuvent donner dans le lieu où la caution doit être donnée; *Baſnage, Deſpeiſſes.*

3°. Par la même raiſon, ſi on préſentoit pour caution une perſonne puiſſante, le créancier pourroit la rejetter. On pourroit auſſi rejetter une perſonne qui par ſon droit de *committimus* pourroit traduire le créancier dans une autre Juriſdiction, ou un Militaire qui ſeroit dans le cas d'obtenir des lettres d'Etat; *Voyez Baſnage, Tr. des hyp.* p. 2, ch. 2.

C'eſt encore une qualité requiſe dans les perſonnes qu'on préſente pour cautions judiciaires, qu'elles ſoient ſujettes à la contrainte par corps. C'eſt pourquoi on peut rejetter pour cautions judiciaires, les femmes, les Eccléſiaſtiques qui ſont dans les Ordres ſacrés, & les ſeptuagenaires; parce que ces perſonnes ne ſont pas ſujettes à cette contrainte.

Sur la forme de la réception des cautions, *Voyez l'Ordonnance de* 1667, *t.* 28.

§. III.

Des cas auxquels un Débiteur eſt tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue.

391. Si la caution avoit les qualités lorſqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait ceſſé depuis de les avoir, *putà* ſi de ſolvable qu'elle étoit, elle eſt devenue inſolvable, le débiteur ſera-t-il obligé d'en donner une autre? Il faut diſtinguer; il y ſera obligé, ſi c'eſt une caution légale ou judiciaire; *ſi calamitas inſignis fidejuſſoribus, vel magna inopia accidit, ex integro ſatiſdandum erit;* L. 10, §. 1, *qui ſatiſ. cog.*; L. 4, ff. *de ſtipul. præt.*

Si c'eſt une caution conventionnelle, il faut ſous-diſtinguer: ſi je me ſuis obligé à donner une caution indéterminément, & qu'en exécution de cette obligation, j'en aie donné une, qui depuis eſt devenue inſolvable, il faudra que j'en donne une autre: mais ſi j'ai contracté d'abord ſous la caution d'un tel, ou que je me ſois obligé à donner un tel pour caution, & qu'il devienne enſuite inſolvable, je ne puis être obligé à en donner une autre, parce que je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné.

392. Il nous reſte la queſtion de ſçavoir ſi celui qui eſt tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place, des gages ſuffiſans pour répondre à la dette? Pour la négative, on allégue cette maxime de Droit, *aliud pro*

alio invito creditori ſolvi non poteſt, qui a lieu quand même la choſe qu'on offriroit ſeroit meilleure : d'où il paroît ſuivre que le créancier à qui on doit une caution, n'eſt pas obligé de recevoir des gages à la place. Nonobſtant ces raiſons, on doit être facile à permettre à celui qui doit une caution, de donner des gages à la place, lorſqu'il ne peut donner de caution; parce que celui à qui la caution eſt due, n'ayant d'autre intérêt que de ſe procurer une ſûreté, & en trouvant dans des gages autant & même plus, *cùm plus cautionis ſit in re quàm in perſonâ, & tutiùs ſit pignori incumbere, quàm in perſonam agere*, ce ſeroit de ſa part une pure mauvaiſe humeur, de refuſer les gages à la place de la caution, ſi ce qu'on lui offre pour gages ſont des choſes qu'il peut garder ſans aucun embarras, ni aucun péril ; *Baſnage, ibid.*

SECTION IV.

Pour qui, envers qui, pour quelle obligation, & comment le cautionnement peut-il être fait.

§. I.

Pour qui, & envers qui.

393. On peut ſe rendre caution pour quelque débiteur que ce ſoit, même pour une ſucceſſion vacante, *cùm perſonæ vicem ſuſtineat ;* L. 22, ff. *de fidej.* & pareillement envers quelque créancier que ce ſoit de celui pour qui on s'oblige. On peut ſe rendre pareillement caution, même pour les impuberes, les fous, les interdits, pour les cauſes pour leſquelles ces perſonnes peuvent être, ſans aucun fait de leur part, valablement obligées. Par exemple, ſi j'ai utilement géré les affaires d'un impubere, ou d'un interdit, cet impubere ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi *ex quaſi contractu* à me rendre les ſommes que j'ai débourſées pour ſes affaires, & qui ont tourné à ſon profit, on peut ſe rendre caution envers moi pour lui, pour leſdites ſommes : c'eſt en ce ſens que Cujas enſeigne qu'on doit entendre la Loi 25, ff. *de fidejuſſor.* qui dit: *Si quis pro pupillo ſine tutoris autoritate obligato, prodigove, vel furioſo fidejuſſerit, magis eſſe ut ei non ſubveniatur.* Cette explication fait diſparoître la contrariété que Baſnage trouve entre cette loi & la loi 6, ff. *de verb. oblig.* qui dit: *Is cui bonis interdictum eſt..... non poteſt promittendo obligari, & ideò nec fidejuſſor pro eo intervenire poteſt ;* car au lieu que dans l'eſpece précédente, l'interdit doit être ſuppoſé valablement obligé, au contraire dans celle-ci, l'interdit n'eſt pas obligé, étant incapable de contracter : d'où il ſuit que ſa caution ne l'eſt pas, ne pouvant pas y avoir de cautionnement, ſans une obligation principale, *ſuprà, n.* 366. Gaius établit clairement notre diſtinction en la Loi 70, §. 4, ff. *de fidejuſſ. Si à furioſo*, dit-il, *ſtipulatus fueris, non poſſe te fidejuſſorem accipere certum eſt .... quod ſi pro furioſo jure obligato, fidejuſſorem acceperis, tenetur fidejuſſor.*

Il eſt évident qu'on ne peut ſe rendre caution pour ſoi-même ; L. 21, §. 2, ff. *d. tit.* ni envers ſoi-même.

394. On ne peut ſe rendre caution qu'envers le créancier de celui qu'on cautionne: le cautionnement qu'on contracteroit envers celui qui n'eſt pas ſon créancier, mais qui a ſeulement pouvoir de recevoir la dette, ne ſeroit pas valable; L. 23, ff. *d. tit.*

§. II.

Pour quelle obligation.

395. On peut ſe rendre caution pour quelque obligation que ce ſoit: *fidejuſſor accipi poteſt, quoties eſt aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur*; L. 16, §. 3, *ff. d. tit.*

Obſervez que les obligations naturelles pour leſquelles il eſt dit dans ce texte, que des cautions peuvent intervenir, ſont celles pour leſquelles la Loi civile n'accordoit pas d'action, telles que celles qui étoient formées par un ſimple pact, qui étoient contractées par des eſclaves, & qui n'étoient pas d'ailleurs reprouvées par les Loix: mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations reprouvées par les Loix, quoiqu'elles obligent dans le for de la conſcience, & qu'elles puiſſent en ce ſens être appellées obligations naturelles.

C'eſt ſur ce principe que les Loix décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'eſt obligée contre la défenſe du Sénatuſconſulte Velleïen; L. 16,§. 1, ff. *ad Sen. Vell.*; L. 14. *Cod. d. t.* Car quoique dans le for de la conſcience, cette femme ſoit tenue de s'acquitter de ſon obligation, néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défenſe de la Loi, elle eſt dans le for extérieur regardée comme nulle, & ne peut par conſequent ſervir de fondement à l'obligation d'une caution. La Loi, en annullant l'obligation de la femme, annulle tout ce qui en dépend, & par conſéquent des cautionnemens qui en ſont des acceſſoires: c'eſt le ſens de ces termes de la Loi 16, §. 1, *quia totam obligationem Senatus improbat.*

Il me paroît qu'on doit décider la même choſe à l'égard d'un cautionnement que quelqu'un auroit ſubi pour une femme ſous puiſſance de mari, qui a contracté quelque obligation ſans être autoriſée. On doit même le décider *à fortiori*; car la Loi n'annulloit que *per exceptionem* l'obligation de la femme qui s'étoit obligée contre le Velleïen: mais on peut dire que ſelon notre Droit Coutumier, celle de la femme qui a contracté ſans être autoriſée, quoiqu'elle puiſſe être valable dans le for de la conſcience, eſt nulle même *ipſo jure* dans le for extérieur, puiſque nos Coutumes la déclarent abſolument inhabile à contracter & incapable de s'obliger. *Femme mariée NE SE PEUT obliger*, &c. Paris, *art.* 234. *NE PEUT aucunement contracter*; Orléans, *art.* 194. Domat, *Tit. des cautions*, *Sect.* 1, *n.* 4, eſt d'un avis contraire au nôtre; & Baſnage cite un Arrêt du Parlement de Bourgogne rapporté par Bouvot, qui a jugé valable un cautionnement pour une femme qui avoit contracté ſans être autoriſée: mais je ne crois pas que la déciſion de cet Arrêt doive être ſuivie. La diſtinction ſur laquelle Baſnage veut fonder cette déciſion, ſi l'obligation principale eſt nulle, *ratione rei in obligationem deductæ*, ou ſi elle l'eſt *ratione perſonæ*, ne me paroît pas ſolide: une obliga-

tion, de quelque côté qu'elle ſoit nulle, ſoit *ratione rei*, ſoit *ratione perſonæ*, n'eſt pas une vraie obligation, & il eſt de la nature des cautionnemens, qu'ils ne puiſſent ſubſiſter, s'il y a une vraie obligation principale, *ſuprà. n.* 366. On ne doit pas comparer la femme ſous puiſſance de mari au mineur : l'obligation d'un mineur n'eſt pas nulle ; la voie de la reſtitution que les Loix lui accordent contre ſon obligation, ſuppoſe une obligation ; il y en a donc une, à laquelle des cautions peuvent accéder ; mais l'obligation d'une femme ſous puiſſance de mari, qui contracte ſans être autoriſée, eſt abſolument nulle, il n'y a aucune obligation à laquelle la caution ait pu accéder.

Mais ſi quelqu'un s'étoit obligé conjointement avec une femme non autoriſée, non comme caution de cette femme, mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme n'entraîneroit pas la nullité de la ſienne. Par exemple, ſi une femme, ſans être autoriſée & moi, nous avons emprunté de vous une certaine ſomme d'argent qui a été touchée par cette femme, & que nous nous ſommes obligés ſolidairement de vous rendre, la femme ne ſera pas obligée envers vous, ſi elle a diſſipé cette ſomme : mais je n'en ſuis pas moins obligé à vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, & vous l'ayant empruntée ; car pour que j'en ſois l'emprunteur, il n'eſt pas néceſſaire que je l'aye reçue moi-même, il ſuffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme, de mon conſentement.

Les obligations qui ſont contraires aux bonnes mœurs, étant nulles, on ne peut les cautionner. Par exemple, ſi quelqu'un en me chargeant de commettre un crime, s'étoit obligé envers moi de m'indemniſer de toutes les ſuites que ce crime pourroit avoir, & de me donner une certaine récompenſe, on ne pourroit valablement cautionner une pareille obligation, qui étant contraire aux bonnes mœurs, eſt nulle, & ne peut être par conſéquent le ſujet d'un cautionnement. C'eſt en ce ſens qu'on dit *maleficiorum fidejuſſorem accipi non poſſe ;* mais on peut valablement cautionner celui qui a commis le délit, pour la réparation du tort qu'il a fait ; L. 70, §. *fin.* ff. *de fidejuſſor.*

396. On peut ſe rendre caution, même de l'obligation d'un fait perſonnel dont la preſtation ne peut ſe faire que par le débiteur principal ; L. 8, §. 1, ff. *de op. lib.* Car cette obligation ſe convertit par ſon inexécution, en une obligation de dommages & intérêts que la caution peut payer, ce qui ſuffit pour que le cautionnement ſoit utilement contracté.

397. Le Droit Romain ne permettoit pas qu'une femme reçût une caution de ſon mari, pour la reſtitution de ſa dot : cette défiance à l'égard de celui à qui elle confioit & ſoumettoit ſa perſonne, avoit paru aux Empereurs, bleſſer la bienſéance ; L. 1 & 2, *Cod. de fid. vel mand. dot.* Ces loix ne ſont pas obſervées parmi nous.

398. On peut ſe rendre caution non-ſeulement d'une obligation principale, mais même d'un cautionnement ; *pro fidejuſſore fidejuſſorem accipi poſſe nequaquam dubium eſt* ; L. 8, §. 12.

Nos Certificateurs de cautions, ſont des eſpeces de cautions de caution.

399. Enfin on peut ſe rendre caution, non-ſeulement d'une obligation déja contractée, mais d'une obligation qui doit ſe contracter, quoiqu'elle ne ſe

ſoit pas encore ; *adhiberi fidejuſſor tam futuræ quàm præſenti obligationi poteſt* ; L. 6, §. *fin. d. tit.* ; de maniere néanmoins que l'obligation réſultante de ce cautionnement, ne commencera à naître que du jour que ſe contractera l'obligation principale ; car il eſt de ſon eſſence qu'elle ne puiſſe ſubſiſter ſans une obligation principale. Suivant ces principes, je veux bien dès aujourd'hui me rendre caution envers vous pour une ſomme de mille écus, que vous vous propoſez de prêter à Pierre ; mais l'obligation réſultante de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre : tant que vous ne l'aurez pas encore fait, & que la choſe ſera entiere, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne faſſiez pas le prêt à Pierre, & que je n'entends plus être caution pour lui ; *Baſnage, trait. des hyp. p. 2, chap. 6.*

§. III.

Comment ſe contractent les Cautionnemens.

400. Par le Droit Romain, le cautionnement ne ſe contractoit que par la ſtipulation. La ſtipulation n'eſt point en uſage parmi nous ; le cautionnement peut ſe faire par une convention ſimple, ſoit par acte devant Notaires, ſoit ſous ſignature privée, ſoit même verbalement, ſauf que ſi l'objet eſt de plus de cent livres, la preuve par témoins n'eſt pas reçue de la convention verbale.

401. Quoique le cautionnement ſe puiſſe faire par une lettre miſſive, ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention à ne pas prendre pour cautionnement, ce que dit ou écrit une perſonne, à moins qu'il n'y ait une intention bien marquée de cautionner. C'eſt pourquoi, ſi je vous ai dit ou écrit par une lettre, qu'un homme qui vous demandoit de l'argent à emprunter, étoit ſolvable, on ne peut pas prendre cela pour un cautionnement ; car j'ai pu en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyois, & non pas de m'obliger. Suivant ces principes, il a été jugé par un Arrêt rapporté par Papon X. 4, 12. que ces termes d'une lettre écrite à un Maître de penſion, *un tel doit mettre ſon fils en penſion chez vous, c'eſt un homme de probité qui vous payera bien*, ne renfermoient aucune obligation. Suivant le même principe, ſi j'accompagne une perſonne chez un Marchand, pour acheter des étoffes, le Marchand n'en doit pas non plus conclure que j'aie cautionné cette perſonne.

Quoiqu'une perſonne ſoit entrée en paiement pour une autre, même pour ſon fils, en payant pour lui une partie de ſa dette, on n'en peut pas conclure qu'elle a voulu le cautionner pour le ſurplus de la dette ; L. 4. *Cod. ne uxor, pro marito*, &c.

S'il étoit porté par une obligation, qu'elle a été paſſée en ma préſence, & que je l'euſſe ſouſcrite, on ne pourroit en conclure que je me ſuis rendu caution : je dois être cenſé en ce cas n'avoir ſigné que comme témoin ; L. 6, *Cod. de fidej.*

402. Lorſque le débiteur eſt obligé de donner caution, ſoit par la con-

vention , ſoit par la Loi , le créancier peut exiger que la caution s'oblige par acte devant Notaire.

Les cautions judiciaires s'obligent au Greffe de la juſtice, par un acte reçu par le Greffier.

403. Il n'importe que le cautionnement ſe contracte en même temps que l'obligation principale , ou en différens temps, avant ou depuis.

Il n'eſt pas néceſſaire que celui que l'on cautionne , y conſente ; L. 30, ff. *d. tit.*

SECTION V.

De l'étendue des cautionnemens.

404. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution , il faut bien faire attention aux termes du cautionnement.

Lorſque la caution a exprimé pour quelle ſomme , pour quelle cauſe elle ſe rendoit caution , ſon obligation ne s'étend qu'à la ſomme ou à la cauſe qu'elle a exprimée. Par exemple , ſi quelqu'un s'eſt rendu caution envers moi de mon Fermier pour le paiement de ſes fermes , il ne ſera pas tenu des autres obligations du bail , telles que celles qui réſultent des dégradations qu'auroit fait le Fermier , du rembourſement des avances qui lui auroient été faites , &c.

Si quelqu'un s'eſt rendu caution pour la ſomme principale que devoit le principal obligé , il ne ſera pas tenu des intérêts que cette ſomme produit ; L. 68, §. 1 , ff. *d. tit.*

Au contraire , lorſque les termes du cautionnement ſont généraux & indéfinis , le fidéjuſſeur eſt cenſé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur réſultantes du contrat auquel il a accedé : il eſt cenſé l'avoir cautionné *in omnem cauſam.*

Par exemple , ſi le cautionnement par lequel quelqu'un s'eſt rendu envers moi caution pour mon Fermier , porte en termes généraux , qu'il s'eſt rendu caution du bail , il ſera tenu non-ſeulement du paiement des fermes , mais généralement de toutes les obligations du bail ; comme par exemple des dégradations , de la reſtitution des avances , ou des meubles qui ont été laiſſés au Fermier pour l'exploitation de la ferme , *dotes prædiorum* ; L. 52 , §. 2 , ff. *d. tit.* des dommages & intérêts pour les anticipations que le Fermier auroit laiſſé faire , &c.

Celui qui ſe rend caution en termes généraux , eſt auſſi tenu non-ſeulement du ſort principal dû par celui pour qui il s'eſt obligé , mais encore de tous les intérêts qui en ſeroient dus ; L. 2 , §. 11 & 12 , ff. *de adm. rer. ad civit. pertin.* ; L. 54 , ff. *locat.*

Il eſt tenu non-ſeulement de ceux qui ſont dus *ex rei naturâ* , mais même de ceux que produit la demeure en laquelle eſt le principal débiteur : *Paulus reſpondit , ſi in omnem cauſam conductionis ſe obligavit , eum quoque exemplo coloni , tardius illatarum per moram coloni penſionum præſtare debere uſuras ; d.* L. 54.

Il doit auſſi être tenu des frais faits contre le principal obligé ; car ſes frais

ſont un acceſſoire de la dette ; mais il n'en doit être tenu que du jour que les pourſuites lui ont été dénoncées : ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais, qu'on feroit ſouvent à ſon inſçu, & qu'elle peut éviter en payant, lorſqu'elle en eſt avertie. C'eſt pourquoi juſqu'à ce que les pourſuites lui ſoient dénoncées, elle ne doit être tenue que du premier commandement ou du premier exploit de demande.

405. Quelqu'étendu & général que ſoit le cautionnement, il ne s'étend qu'aux obligations qui naiſſent du contrat même pour lequel la caution s'eſt obligée ; & non pas à celles qui naîtroient d'une cauſe étrangere.

En voici un exemple : un créancier dans nos colonies a prêté de l'argent à quelqu'un, & pour plus grande ſûreté, le débiteur lui a donné en nantiſſement un négre qu'il ſavoit être voleur, ſans en avertir le créancier ; le négre a volé le créancier à qui il a été donné en nantiſſement ; le créancier peut agir en dommages & intérêts *contrariâ pignoratitiâ actione* contre le débiteur qui ne l'a point averti : mais le cautionnement ne s'étendra pas à ces dommages & intérêts qui naiſſent d'une cauſe étrangere au prêt pour lequel on a cautionné le débiteur ; *ea actio fidejuſſorem onerare non poterit, cùm non pro pignore, ſed pro pecuniâ mutuâ fidem ſuam obliget ;* L. 54, ff. *de fidejuſſ.*

Par la même raiſon, celui qui s'eſt rendu caution pour un adminiſtrateur des revenus publics, n'eſt obligé qu'à la reſtitution des deniers publics, & non point aux amendes auxquelles cet adminiſtrateur auroit été condamné pour des malverſations dans ſon adminiſtration. C'eſt ce qui a été décidé par l'Empereur Severe ; *fidejuſſores magiſtratuum in pœnam vel mulctam non conveniri debere decrevit* ; L. 68, ff. *d. tit.* & en général en quelque cas que ce ſoit, le cautionnement ne s'étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné *officio judicis, propter ſuam contumaciam* : car c'eſt une cauſe étrangere au contrat ; *non debet imputari fidejuſſoribus, quod ille reus propter ſuam pœnam præſtitit* ; L. 73, ff. *d. tit.*

SECTION VI.

De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens, & des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions.

ARTICLE PREMIER.

De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens.

406. L'obligation qui réſulte du cautionnement s'éteint :

1°. De toutes les différentes manieres dont s'éteignent toutes les obligations ; nous les rapporterons *infrà, part.* 3.

2°. Il eſt de la nature des cautionnemens, de même que de toutes les obligations acceſſoires, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des cautionnemens, & la libération des cautions, *ſuprà*, n. 377, *& ſeqq.*

3°. La caution eſt déchargée lorſque le créancier s'eſt mis par ſon fait hors

d'état de lui pouvoir céder ſes actions contre quelqu'un des débiteurs principaux auxquels la caution avoit intérêt d'être ſubrogée, *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

4°. Lorſque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une ſomme d'argent qui lui eſt due, la caution eſt déchargée, quoique long-temps après il ſouffre éviction de cet héritage. La raiſon de douter eſt que le paiement en ce cas n'eſt pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la choſe, *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 3; par conſéquent l'obligation principale ſubſiſte: d'où il ſemble ſuivre que celle des cautions doit ſubſiſter. *Baſſet* IV, 22, 5, rapporte un Arrêt de ſon Parlement qui l'a ainſi jugé nonobſtant ces raiſons, & quoiqu'on ne puiſſe nier que le paiement en ce cas n'eſt pas valable, & que l'obligation principale ſubſiſte. Il a été jugé par des Arrêts rapportés par Baſnage, *Trait. des Hypotheques*, *p.* 3, *ch. fin.* que le créancier étoit en ce cas non-recevable à agir contre les cautions, ſi pendant ce temps le débiteur principal étoit devenu inſolvable. La déciſion de ces Arrêts eſt fondée ſur cette regle d'équité, que *nemo ex alterius facto prægravari debet;* la caution ne doit pas ſouffrir préjudice de l'arrangement qui eſt intervenu entre le créancier & le débiteur principal: or, ſi dans cette eſpece le créancier étoit reçu à agir contre la caution, elle auroit ſouffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage; le créancier par cet arrangement ayant ôté le moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur étoit ſolvable, répéter de ce débiteur la ſomme pour laquelle elle avoit répondu.

Quid, ſi le créancier avoit ſimplement accordé au débiteur une prorogation de terme pour le paiement, & que pendant le temps de cette prorogation, le débiteur fût devenu inſolvable, la caution pourra-t-elle ſe défendre de payer? *Vinnius Q. illuſtr.* 11, 42, tient la négative. Cette eſpece-ci eſt bien différente de la précédente. Dans l'eſpece précédente la dation de cet héritage donné en paiement ayant juſqu'au temps de l'éviction fait paroître la dette acquittée, un tel arrangement a ôté tout moyen à la caution de pourvoir à l'indemnité de ſon cautionnement, même dans le cas auquel elle ſe ſeroit apperçue que la fortune du débiteur qu'il a cautionné, commençoit à ſe déranger; car elle ne pouvoit demander à ce débiteur qu'il la déchargeât de ſon cautionnement, qui paroiſſoit acquitté auſſi-bien que la dette principale: mais la ſimple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur ne faiſant pas paroître la dette acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à ſon indemnité, & d'agir contre le débiteur principal, ſi on s'apperçoit que ſa fortune commence à ſe déranger, *ſi bona dilapidare cœperit*; L. 10, *Cod. mand.* Elle ne peut donc pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au débiteur, lui faſſe tort, puiſqu'au contraire elle-même en profite.

L'obligation du cautionnement s'éteignoit auſſi ſuivant les principes du Droit Romain, par la confuſion dont on a parlé *ſuprà*, *n.* 383; ce qui n'a pas lieu parmi nous.

Les pourſuites faites par le créancier contre le débiteur principal, ne liberent pas la caution qui demeure toujours obligée juſqu'au paiement; L. 28, *Cod. de fidej.* C'eſt pourquoi le créancier peut abandonner les pourſuites commencées contre

contre le débiteur principal, pour pourſuivre la caution ; mais ordinairement elle peut lui oppoſer l'exception de diſcuſſion dont nous allons traiter en l'article ſuivant.

ARTICLE II.

De l'exception de diſcuſſion.

§. I.

Origine de ce droit.

407. Suivant le Droit qui étoit en uſage avant la Novelle 4 de Juſtinien, le créancier pouvoit exiger des cautions le paiement de ce qui lui étoit dû avant que de s'adreſſer au débiteur principal : *Jure noſtro*, dit Antonin Caracalla en la Loi 5, *Cod. de fidej. eſt poteſtas creditori, relicto reo, eligendi fidejuſſores, niſi inter contrahentes aliud placitum doceatur.* Les Empereurs Dioclétien & Maximien décident la même choſe en la Loi 19, *Cod. d. tit.* Juſtinien, *de Nov. cap.* 1, a accordé aux fidéjuſſeurs l'exception qu'on appelle de *diſcuſſion* ou *exception d'ordre*, c'eſt-à-dire, par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de ſa dette, à diſcuter auparavant les biens du débiteur principal. Ce droit de la Novelle eſt ſuivi parmi nous, mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas.

§. II.

Quelles cautions peuvent oppoſer l'exception de diſcuſſion.

408. Les cautions judiciaires ne peuvent oppoſer cette exception ; *Louet, lett. F.* 23.

Les cautions pour les fermes du Roi ne ſont pas non plus aujourd'hui reçues à oppoſer cette exception, quoique l'Ordonnance de Louis XII de l'an 1513, la leur eût accordée. La Juriſprudence en étoit introduite dès le temps de M. le Bret, qui en rapporte cette raiſon, que ces cautions ſont préſumées être ſecrétement les aſſociés du fermier débiteur principal ; *Le Bret, Plaid.* 42, *in fin.*

Enfin, les cautions qui par leur cautionnement, ont renoncé à cette exception, ne peuvent pas l'expoſer, *unicuique enim licet juri in favorem ſuum introducto renuntiare.*

La caution eſt-elle cenſée avoir renoncé à cette exception, lorſqu'il eſt dit par le cautionnement qu'elle s'oblige comme *débiteur principal ?* Les Auteurs paroiſſent partagés ſur cette queſtion. On rapporte des anciens Arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que cela ne ſuffiſoit pas, & que la renonciation à cette exception doit être expreſſe. Baſnage en ſon Traité des Hypotheques dit que la Juriſprudence de Normandie, eſt que ces termes ſuffiſent pour conſtater la renonciation à l'exception de diſcuſſion, & qu'on ne doit pas croire qu'on ait employé ces termes pour qu'ils ne ſignifiaſſent rien : cela eſt conforme aux regles de l'interprétation des conventions, *ſuprà, n.* 92.

La renonciation aux exceptions de diſcuſſion & de diviſion ne doit pas s'inférer de ces termes qui ſe trouveroient à la fin de l'acte de cautionnement, *promettant, obligeant & renonçant, &c.* Ce terme *renonçant* vague & indéterminé, ſans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur ſtyle, qui ne ſignifie rien; *ea quæ ſunt ſtyli, non operantur.* Cette déciſion a lieu, quand même dans la groſſe le Notaire auroit étendu cette clauſe de *renonçant, &c.* & y auroit exprimé la renonciation aux exceptions de diviſion & de diſcuſſion. *Dumoulin, Tr. uſur. quæſt. 7, in fin.* dit l'avoir fait juger ainſi par Arrêt: la raiſon eſt que le Notaire ne peut pas, par ce qu'il ajoute dans la groſſe, augmenter l'obligation des parties, *infrà, p. 4, ch. 1, art. 3, au commencement.*

§. III.

En quel cas le créancier eſt-il obligé à la diſcuſſion; & quand l'exception de diſcuſſion doit-elle être oppoſée.

409. Le créancier n'eſt pas obligé à la diſcuſſion en tous cas, & on peut à cet égard établir pour principe que le créancier n'eſt pas obligé à une diſcuſſion qui ſeroit trop difficile.

C'eſt pour cette raiſon que la Novelle en accordant aux fidéjuſſeurs le bénéfice de diſcuſſion, en excepte le cas auquel le débiteur principal ſeroit abſent, à moins que le fidéjuſſeur n'offrît de le repréſenter dans un bref délai qui lui ſeroit imparti par le Juge.

Cette exception que la Novelle met au bénéfice de diſcuſſion, n'a pas lieu parmi nous, comme le remarque fort bien *Loyſeau.* Les raiſons ſur leſquelles elle eſt fondée ſont tirées de la difficulté qu'il y avoit ſelon la procédure des Romains, à diſcuter un abſent: elles n'ont parmi nous aucune application. Les aſſignations & ſignifications à domicile qui, ſelon notre procédure, ont le même effet que ſi elles étoient faites à la perſonne même, rendent la diſcuſſion du débiteur principal, lorſqu'il eſt abſent, auſſi facile que s'il étoit préſent.

410. Le créancier n'eſt obligé à diſcuter le principal débiteur avant le fidéjuſſeur, que lorſque le fidéjuſſeur le demande, & oppoſe l'exception de diſcuſſion: c'eſt pourquoi, quoique le créancier n'ait pas diſcuté le débiteur principal, ſa demande & ſes pourſuites contre le fidéjuſſeur ſont bien faites, juſqu'à ce que le fidéjuſſeur ait oppoſé l'exception de diſcuſſion.

C'eſt en conſéquence de ces principes qu'il a été jugé par Arrêt du premier Septembre 1705, cité par Bretonnier ſur Henrys, que le Juge ne pouvoit d'office ordonner cette diſcuſſion.

Cette exception de diſcuſſion eſt du nombre des exceptions dilatoires, puiſqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre le fidéjuſſeur juſqu'après le temps de la diſcuſſion, & non à l'exclure entiérement. C'eſt pourquoi ſelon la regle commune aux exceptions dilatoires, L. 12, *Cod. de except.*, elle doit être oppoſée avant la conteſtation en cauſe: ſi le fidéjuſſeur a conteſté au fond, ſans l'oppoſer, il n'y eſt pas recevable, étant cenſé en défendant au fond avoir tacitement renoncé à ces exceptions; *Guy Pape & les DD. par lui cités, q. 50.*

Il pourroit néanmoins y être reçu en un cas, ſçavoir, ſi les biens dont il demande la diſcuſſion n'étoient échus au débiteur principal que depuis la conteſtation en cauſe ; *putà*, par une ſucceſſion qui lui ſeroit échue depuis : car la regle que les exceptions dilatoires doivent être oppoſées avant la conteſtation en cauſe, ne peut avoir lieu qu'à l'égard des exceptions déja nées, & non à l'égard de celles qui ne ſont nées que depuis ; le défendeur ne pouvant pas être cenſé, lorſqu'il a défendu au fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne ſont nées que depuis ; *Guthierés & les DD. par lui cités, tract. de contr. jurat.* xxij, 18.

§. IV.

Quels biens le créancier eſt-il obligé de diſcuter.

411. Lorſque la diſcuſſion eſt oppoſée, le créancier, s'il n'a pas de titre exécutoire contre le débiteur principal, doit l'aſſigner & obtenir ſentence de condamnation contre lui. En vertu de cette ſentence, ou ſans aſſignation, en vertu de ſon titre exécutoire, lorſqu'il en a un, il doit procéder par commandement contre le débiteur principal, & ſaiſir & exécuter les meubles qui ſont en la maiſon dudit débiteur.

S'il n'y en a point ſur leſquels on puiſſe aſſeoir une exécution, l'Huiſſier doit le conſtater par un procès verbal de carence de meubles, & ce procès verbal tient lieu de diſcuſſion mobiliaire.

A l'égard des autres biens meubles & immeubles, que pourroit avoir le débiteur principal, le créancier n'étant pas obligé de les connoître, n'eſt pas obligé de les diſcuter, s'ils ne lui ſont indiqués par la caution. Cette indication doit ſe faire en une fois ; on y doit comprendre tous les biens du débiteur qu'on veut que le créancier diſcute. On ne ſeroit pas recevable, après la diſcuſſion de ceux qu'on a indiqués, à en indiquer d'autres ; Arrêtés de Lamoignon, *Titre des Diſcuſſions, art.* 9. ; Arrêt du 20 Janvier 1701, rapporté par Bretonnier ſur Henrys, *tom.* IV, 34.

412. La diſcuſſion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la diſcuſſion des biens du débiteur qui ſont hors du Royaume. M. DE LAMOIGNON vouloit qu'il ne pût même être obligé à la diſcuſſion de ceux ſitués dans le reſſort d'un autre Parlement ; Arrêtés de Lamoignon, *ibid.*

Le créancier n'eſt pas non plus obligé à la diſcuſſion des biens du débiteur qui ſont litigieux ; car il n'eſt pas obligé à ſoutenir des procès, ni à en attendre l'événement pour être payé : c'eſt encore une ſuite du même principe, que la diſcuſſion ne doit pas être trop longue, ni trop difficile.

Par la même raiſon, il n'eſt pas obligé de diſcuter les biens hypothéqués par le principal débiteur, lorſque le principal débiteur les a aliénés, & qu'ils ſont poſſédés par des tiers ; ce ſont au contraire ces tiers détenteurs, qui ont le droit de renvoyer à la diſcuſſion du débiteur principal & de ſes cautions les créanciers qui donneroient contre eux l'action hypothécaire ; *d. Nov. cap.* 2.

Il n'en eſt pas de même de ceux qui ont ſuccédé à titre univerſel aux biens du débiteur principal, tels que ſont des donataires & légataires univerſels,

même le fiſc, lorſqu'il a ſuccédé au débiteur principal à titre de déshérence ou de confiſcation. Ces ſucceſſeurs univerſels *ſunt loco heredis* : ils tiennent lieu d'héritiers du débiteur principal, & ils le repréſentent ; ils doivent par conſéquent être diſcutés de même qu'auroit dû l'être le débiteur principal, juſqu'à concurrence de ce dont ils ſont tenus de ſes dettes.

Lorſque pluſieurs débiteurs principaux ont contracté une obligation ſolidaire, & que l'un d'entr'eux a donné un tiers pour caution, on demande ſi cette caution peut obliger le créancier à diſcuter, non-ſeulement celui des débiteurs pour qui elle s'eſt rendue caution, mais pareillement tous les autres débiteurs principaux ? Je penſe qu'elle le peut : il ſuffit pour s'en convaincre d'examiner quelle eſt la raiſon ſur laquelle eſt fondée l'exception de diſcuſſion. Ce n'eſt point que l'on préſume que la caution n'ait eu intention de s'obliger qu'au défaut, & en cas d'inſolvabilité de celui pour qui elle a répondu ; cette intention doit être exprimée : lorſqu'elle ne l'eſt pas, elle ne ſe préſume pas, & l'obligation eſt pure & ſimple. Si cette préſomption avoit lieu dans les cautionnemens ordinaires, le droit qu'auroit la caution de renvoyer le créancier à la diſcuſſion du débiteur principal, ſeroit un droit que la caution auroit en rigueur de juſtice, le créancier n'auroit pas d'action contre la caution avant que l'inſolvabilité du débiteur principal eût été conſtatée par la diſcuſſion : or tous conviennent que l'exception de diſcuſſion que la Loi accorde à la caution, ne lui eſt accordée que comme une pure grace, & que la demande du créancier contre la caution procede en rigueur, & eſt bien fondée, quoique le principal débiteur ſoit ſolvable, & n'ait pas été diſcuté ; il faut donc chercher une autre raiſon de cette exception de diſcuſſion, & il n'y en a pas d'autre que celle-ci ; ſçavoir, qu'il eſt équitable qu'autant que faire ſe peut, une dette ſoit payée, plutôt par ceux qui en ſont les véritables débiteurs, & qui ont profité du contrat, que par ceux qui en ſont débiteurs pour autrui ; qu'il y a toujours du déſagrément de payer pour autrui ; c'eſt pourquoi il eſt de l'humanité, que le créancier, lorſque cela lui eſt à-peu-près indifférent, épargne ce déſagrément à la caution, & ſe faſſe payer plutôt par ſes véritables débiteurs, que par elle. C'eſt la raiſon que Quintilien, *déclam.* 273, rend du bénéfice de diſcuſſion : après avoir dit que c'eſt une choſe fâcheuſe pour une caution que d'être obligé de payer pour un autre, *miſerabile eſt*, il en conclut qu'un créancier n'a pas bonne grace à cauſer ce déſagrément à la caution, tant qu'il peut ſe faire payer par le véritable débiteur ; *non aliter ſalvo pudore, ad ſponſorem venit creditor, quàm ſi recipere à debitore non poſſit.* Or il eſt évident que ces raiſons militent pour obliger le créancier, à la diſcuſſion, non-ſeulement de celui des débiteurs ſolidaires pour qui la caution a répondu, mais à celle de tous les codébiteurs principaux ; donc la caution eſt bien fondée à demander la diſcuſſion, non-ſeulement de celui des débiteurs, pour lequel elle s'eſt rendue caution, mais même celle des autres débiteurs principaux. On peut même dire que celui qui s'eſt rendu caution pour l'un d'entre pluſieurs débiteurs ſolidaires, eſt auſſi en quelque façon caution des autres : car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'eſt rendu caution, il a accédé à celle de tous.

§. V.

Aux dépens de qui doit ſe faire la diſcuſſion.

413. La diſcuſſion ſe fait aux riſques & périls du fidéjuſſeur qui a demandé qu'elle fût faite ; & comme celle des biens immeubles ne ſe peut faire ſans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjuſſeur lui fourniſſe des deniers pour la faire. C'eſt une regle générale pour tous les cas auxquels l'exception de diſcuſſion eſt oppoſée. *Journal des Audiences, tom. 1, l. 5, ch. 25* : & c'eſt une ſuite de notre principe.

§. VI.

Le créancier qui a manqué à faire la diſcuſſion, eſt-il tenu de l'inſolvabilité du Débiteur.

414. Il nous reſte une queſtion : le créancier à qui le fidéjuſſeur a oppoſé l'exception de diſcuſſion, n'a point jugé à propos de la faire auſſi-tôt, & a laiſſé paſſer pluſieurs années pendant leſquelles le débiteur eſt devenu inſolvable ; pourra-t-il, en le diſcutant depuis qu'il eſt devenu inſolvable, revenir contre le fidéjuſſeur. Je crois le créancier bien fondé, & que la caution ne peut lui oppoſer aucune fin de non-recevoir ſous le prétexte qu'il n'a pas fait aſſez à temps la diſcuſſion des biens du débiteur principal à laquelle il a été renvoyé. La raiſon eſt que le droit que donne aux cautions l'exception de diſcuſſion qui leur eſt accordée par la Novelle, ſe borne à arrêter les pourſuites du créancier contr'elles, tant qu'il ne s'eſt pas encore pourvu contre le débiteur principal, & qu'il n'a pas diſcuté ſes biens : le bénéfice de cette Novelle ſe borne à ce que, comme il y eſt dit, *Creditor non primùm ad fidejuſſorem aut ſponſorem accedat ;* mais pourvu que le créancier ne pourſuive pas les cautions avant que d'avoir pourſuivi le débiteur principal, & diſcuté ſes biens, le créancier ne peut être obligé à le pourſuivre que quand bon lui ſemblera. La Loi ayant fixé le temps dans lequel un créancier peut exercer ſes actions, le fidéjuſſeur ne peut lui en fixer un plus court que celui que la Loi lui accorde ; *Nemo invitus agere compellitur, toto tit. Cod. ut nemo invitus, &c. Creditor ad petitionem debiti urgeri minimè poteſt* ; L. 20. *Cod. de pign.* donc ſi le débiteur principal, à la diſcuſſion duquel le créancier a été renvoyé eſt par la ſuite devenu inſolvable, la caution ne doit pas s'en prendre au créancier qui ne l'a pas pourſuivi pendant qu'il étoit ſolvable : le créancier n'y étoit pas obligé, & la caution, ſi elle appréhendoit le cas d'inſolvabilité qui eſt arrivé, pouvoit obvier à cela, en pourſuivant elle-même le débiteur principal, comme elle en a le droit, auſſi-tôt qu'elle a été aſſignée, *infrà num.* 440. Henrys, *Tom. II, Liv. IV, art.* 34, eſt de notre ſentiment, il l'autoriſe par un Arrêt rendu dans une eſpece approchante, & il atteſte que c'étoit de ſon temps l'opinion commune du Barreau de Paris. La Coutume de Bretagne, *art.* 192, a une diſpoſition contraire. Je crois qu'elle doit être reſtreinte à ſon territoire. D'Argentré, ſur cet article, dit que

cette diſpoſition tirée de l'ancienne Coutume, a été conſervée lors de la réformation, contre ſon avis.

Nous n'avons traité la queſtion qu'à l'égard des fidéjuſſeurs ordinaires : mais ſi le fidéjuſſeur ordinaire s'étoit ſeulement obligé à payer ce que le créancier ne pourroit retirer du débiteur principal, *in id quod ſervari non poterit*, le créancier qui auroit eu le moyen pendant un temps conſidérable, de ſe faire payer, ne ſeroit pas admis facilement, après que le débiteur, au bout d'un temps conſidérable ſeroit devenu inſolvable, à donner demande contre ce fidéjuſſeur ; L. 41, ff. *d. tit.* ; parce que ce fidéjuſſeur qui ne s'eſt obligé qu'à ce que le créancier *ne pourroit retirer*, lui oppoſeroit qu'il a pu très-facilement retirer ce qui lui étoit dû du débiteur principal, & qu'en conſéquence il ne lui doit rien ; L. 41, ff. *d. t.*

ARTICLE III.

De l'exception de diviſion.

§. I.

Origine de ce droit.

415. Lorſque pluſieurs perſonnes ſe rendent cautions d'un débiteur principal, pour la même dette, elles ſont cenſées s'obliger chacune à toute la dette ; *ſi plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Inſtit. tit. de fidej.* §. 4.

En cela pluſieurs fidéjuſſeurs ſont différens de pluſieurs débiteurs principaux, leſquels ne ſont cenſés s'obliger chacun que pour leur part, à ce qu'ils promettent conjointement, ſi la ſolidité n'eſt point exprimée. La raiſon de la différence, eſt qu'il eſt de la nature du cautionnement, de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal, & par conſéquent chacun de ceux qui le cautionnent, eſt cenſé contracter cet engagement, à moins qu'il ne déclare expreſſément qu'il ne s'oblige que pour partie : c'eſt la raiſon qu'en rapporte *Vinnius, ſelect. quæſt. lib. 11, cap.* 40.

L'Empereur Adrien a apporté une modification à cette ſolidité, par l'exception de diviſion qu'il a accordée aux fidéjuſſeurs : le fidéjuſſeur à qui le créancier demande toute la dette, obtient par cette exception que le créancier ſoit tenu de diviſer & partager ſa demande entre lui & ſes cofidéjuſſeurs, lorſqu'ils ſont ſolvables, & qu'en conſéquence il ſoit reçu à payer au créancier ſa portion, ſauf au créancier à ſe pourvoir pour le ſurplus contre les autres. Ce droit a été adopté dans notre Pratique Françoiſe.

§. II.

Qui ſont ceux qui peuvent ou non oppoſer l'exception de diviſion.

416. Il y a quelques cautions qui ne peuvent pas oppoſer cette exception ; telles ſont les cautions pour les deniers royaux ; *Voyez Lebret, plaid.* 42, *in fin.*

On en exclut auſſi les cautions judiciaires ; c'eſt le ſentiment de Baſnage. Les cautions qui par leurs cautionnemens ont renoncé à cette exception, ne l'ont pas.

Lorſqu'il eſt porté par le cautionnement, que les cautions ſe ſont obligées *ſolidairement & comme débiteurs principaux*, cette clauſe eſt-elle cenſée renfermer une renonciation à l'exception de diviſion ? Ceux qui penſent que cette clauſe ne renferme pas une renonciation à l'exception de diſcuſſion, doivent auſſi penſer qu'elle n'en renferme pas une, à celle de diviſion : mais les raiſons qui nous ont porté à croire qu'elle renfermoit une renonciation à l'exception de diſcuſſion, & que nous avons rapportées, *ſuprà n.* 408, nous portent auſſi à croire qu'elle emporte la renonciation à celle de diviſion.

Enfin les Loix refuſent l'exception de diviſion aux cautions qui ont commencé par dénier de mauvaiſe foi leur cautionnement ; *Inficiantibus auxilium diviſionis non eſt indulgendum* ; L. 10, §. 1, ff. *de fidej.*

417. Non-ſeulement les cautions elles-mêmes, mais leurs héritiers, peuvent uſer de cette exception.

Le certificateur de la caution, qui eſt *fidejuſſor fidejuſſoris*, peut auſſi oppoſer les memes exceptions qu'auroit pu oppoſer la caution qu'il a certifiée ; & par conſéquent il peut oppoſer cette exception, & demander la diviſion de la dette entre lui & les cofidéjuſſeurs de celui qu'il a certifié.

§. III.

Qui ſont ceux entre qui la dette doit être diviſée.

418 Le fidéjuſſeur peut demander la diviſion de l'action entre lui & les autres fidéjuſſeurs, qui ſont également fidéjuſſeurs principaux. Il ne pourroit pas demander qu'elle fut diviſée entre lui & ſon certificateur ; car il eſt lui-même un débiteur principal vis-à-vis ſon certificateur ; L. 27, §. 4, ff. *de fid.*

419. Il faut auſſi que ceux avec qui le fidéjuſſeur demande que l'action du créancier ſoit diviſée, ſoient fidéjuſſeurs du même débiteur. Si deux débiteurs ſolidaires d'une même dette avoient donné chacun un fidéjuſſeur, le fidéjuſſeur de l'un de ces débiteurs ne pourroit pas demander que l'action fut diviſée entre lui & le fidéjuſſeur de l'autre débiteur ſolidaire ; car quoiqu'ils ſoient fidéjuſſeurs d'une même dette, n'étant pas fidéjuſſeurs d'un même débiteur, ils ne ſont pas proprement cofidéjuſſeurs : c'eſt la déciſion des Loix 43, 51, §. 2, ff. *d. tit.*

420. Enfin, il faut que les cofidéjuſſeurs avec leſquels le fidéjuſſeur demande que l'action ſoit diviſée, ſoient ſolvables ; & ils ſont cenſés l'être, ſi ne l'étant pas par eux-mêmes, ils le ſont par leurs certificateurs : c'eſt ce que décide la Loi 27, §. 2. *Si quæratur an ſolvendo ſit principalis fidejuſſor, etiam vires ſequentis fidejuſſoris, ei aggregandæ ſunt.*

Au reſte, ſi mon cofidéjuſſeur étoit ſolvable lors de la conteſtation en cauſe, & qu'en conſéquence l'action du créancier ait été diviſée entre lui &

moi ; quoique par la ſuite, depuis la conteſtation en cauſe, il ſoit devenu inſolvable, le créancier ne pourra plus revenir contre moi, pour ſa part : c'eſt la déciſion de Papinien, L. 51, §. 4, & L. 52, §. 1.

En cela l'exception de diviſion differe de celle de diſcuſſion. La raiſon de différence vient de la différente nature de ces exceptions : celle de diſcuſſion n'eſt que dilatoire, elle ne fait que différer l'action du créancier contre le fidéjuſſeur, après que le créancier aura diſcuté le débiteur principal ; au-lieu que l'exception de diviſion tient de la nature des exceptions péremptoires : elle périme entiérement, lorſqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjuſſeur qui l'a oppoſée, pour la part de ſes cofidéjuſſeurs, avec leſquels la diviſion lui eſt accordée ; & c'eſt pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjuſſeurs par la ſuite deviendroient inſolvables.

Il y a plus, quand même lors de la demande du créancier mon cofidéjuſſeur auroit déja été inſolvable, ſi le créancier a volontairement diviſé ſon action, en nous demandant à chacun notre part, il ne pourra plus me demander la part de mon cofidéjuſſeur inſolvable : c'eſt la déciſion de Gordien en la Loi 16, *Cod. d. t.*

421. Pourvu que mon cofidéjuſſeur ſoit ſolvable, quoique le terme ou la condition ſous laquelle il s'eſt obligé, ne ſoit pas encore échue, je puis néanmoins demander que l'action ſoit par proviſion diviſée entre lui & moi, ſauf au créancier à revenir contre moi pour la part de ce fidéjuſſeur, ſi à l'échéance du terme ou de la condition il n'étoit pas ſolvable ; L. 27, ff. *de fid.* : & à plus forte raiſon ſi la condition ſous laquelle il s'eſt obligé, venoit à défaillir.

422. La demande du créancier ne devant être diviſée que lorſque les cofidéjuſſeurs ſont ſolvables, s'il y a conteſtation entre le créancier & le fidéjuſſeur qui demande la diviſion ſur le fait de la ſolvabilité des cofidéjuſſeurs, le fidéjuſſeur eſt reçu, en offrant de payer ſa part, à demander qu'avant de faire droit ſur le ſurplus, à ſes riſques, le créancier ſoit tenu de diſcuter les cofidéjuſſeurs ; L. 10, ff. *d. t.*

423. Je ne puis pas oppoſer l'exception de diviſion, ſi mon cofidéjuſſeur eſt demeurant hors le royaume : car cette exception eſt une grace que la Loi n'accorde qu'autant que le créancier n'en ſouffriroit pas trop d'incommodité ; *Papon X.* 4, 25.

§. IV.

Un cautionnement peut-il ſe diviſer avec une caution qui n'a pas valablement contracté, & avec une caution mineure.

424. Lorſque je me ſuis obligé comme caution pour quelqu'un, avec une perſonne qui étoit capable de contracter une pareille obligation, telles qu'étoient chez les Romains toutes les femmes, je ne puis éviter de payer le total de la dette au créancier, comme ſi j'étois ſeul fidéjuſſeur ; la perſonne incapable qui s'eſt rendue caution avec moi, ne devant point être conſidé-

rée.

rée. On ne diſtingue point en ce cas, ſi j'ai contracté mon cautionnement avant celui de cette perſonne incapable, ou ſi je l'ai contracté conjointement ou depuis.

Il n'en eſt pas de même, ſuivant le Droit Romain, lorſque je me ſuis rendu caution avec un mineur qui ſe fait par la ſuite reſtituer contre ſon obligation. Je ne ſuis tenu du total de la dette, qu'au cas auquel j'aurois d'abord ſeul ſubi le cautionnement ſans compter ſur le mineur qui ne s'eſt rendu caution que depuis pour la même perſonne que moi: mais ſi nous nous ſommes rendus cautions enſemble, la reſtitution qu'il obtient contre ſon obligation, ne doit pas, ſuivant le droit Romain, me charger ſeul de la dette, que je m'étois attendu qu'il payeroit avec moi; L. 48. *pp.* & §. 1, ff. *de fidej.*

Papinien rapporte à cet égard cette raiſon de différence entre une femme & un mineur. Celui qui ſe rend caution conjointement avec une femme, n'a pas dû compter ſur la femme, pour partager avec elle l'obligation, puiſqu'il devoit ſçavoir qu'elle en étoit incapable, *cùm ignorare non debuerit, mulierem fruſtrà intercedere*: mais il n'en eſt pas de même de celui qui s'eſt rendu caution avec un mineur; *propter*, dit Papinien, *incertum ætatis & reſtitutionis*; parce qu'il pouvoit ignorer qu'il fût mineur, ou eſpérer qu'il ne reviendroit pas contre ſon obligation; c'étoit au créancier plus qu'à lui à s'en informer, lorſqu'il l'a admis pour caution, & c'eſt le créancier plutôt que lui, qui doit ſouffrir de la reſtitution que le mineur a obtenu contre ſon obligation; *d.* L. 48, *pp*, & §. 1.

Quelque reſpect que j'aie pour les déciſions du grand Papinien, celle-ci me paroît ſouffrir difficulté. Pluſieurs fidéjuſſeurs étant, comme nous l'avons dit ci-deſſus, débiteurs de toute la dette, la diviſion qu'en accorde la conſtitution d'Adrien, lorſqu'ils ſont tous ſolvables, n'eſt qu'une grace qui ne doit pas leur être accordée, au préjudice du créancier. Cette raiſon qui fait qu'on me refuſe la diviſion de la dette avec mon cofidéjuſſeur, lorſqu'il eſt devenu inſolvable, doit la faire refuſer avec mon cofidéjuſſeur, qui s'eſt fait reſtituer contre ſon cautionnement. Il n'y a pas plus de raiſon de l'accorder avec l'un qu'avec l'autre; je n'ai pas dû compter plus ſur l'un que ſur l'autre: ſi j'ai pu prévoir l'inſolvabilité, j'ai pu encore plus facilement prévoir la reſtitution. On ne peut pas dire que le créancier a bien voulu ſe charger de ce riſque en acceptant le cautionnement d'un mineur; car ne s'étant pas contenté du cautionnement de ce mineur, & ayant exigé qu'on lui joignît une autre caution, c'eſt au contraire une preuve qu'il a cherché ſes ſûretés contre la reſtitution, & qu'il n'a pas voulu ſe charger de ce riſque.

Ces raiſons me paroiſſent ſuffiſantes pour décider indiſtinctement, contre l'autorité de la Loi Romaine, que la reſtitution obtenue pour cauſe de minorité, par mon cofidéjuſſeur, doit, de même que ſon inſolvabilité, me charger du total de la dette.

Il y a plus: ſi avant que mon cofidéjuſſeur mineur ſe fût pourvu contre ſon cautionnement, j'étois pourſuivi par le créancier, & que je lui oppoſaſſe l'exception de diviſion, je penſe qu'il ſeroit équitable qu'il ne pût être obligé de diviſer ſon action entre ſon cofidéjuſſeur mineur & moi, que ſous la réſerve de re-

venir contre moi, dans le cas auquel ce mineur ſe feroit reſtituer contre ſon cautionnement.

Mais ſi le créancier avoit conſenti à la diviſion de ſon action ſans aucune réſerve, il y a lieu de penſer qu'en ce cas il auroit pris ſur lui le riſque de la reſtitution du mineur, & qu'il n'auroit aucun recours contre moi.

§. V.

Quand l'exception de diviſion peut-elle être oppoſée.

425. On a fait une queſtion de ſçavoir ſi l'exécution de diviſion ne pouvoit être oppoſée qu'avant la conteſtation en cauſe? Quelques anciens Docteurs, comme Pierre de Belleperche, Cynus & autres, étoient dans ce ſentiment; mais le ſentiment contraire, qui eſt ſuivi par Vinnius, *ſelect. quæſt.* 11, 40, eſt le plus véritable : il eſt fondé ſur le texte formel de la Loi 10, §. 1, *Cod. h. tit. Ut . . . . . dividatur actio inter eos qui ſolvendo ſunt, antè condemnationem ex ordine ſolet poſtulari.* Il ſuffit aux termes de cette loi, de demander la diviſion de l'action avant la ſentence, & par conſéquent on le peut après la conteſtation en cauſe. En effet cette exception tient plus des exceptions péremptoires, que des dilatoires, puiſqu'elle tend à exclure entiérement l'action du créancier contre celui qui l'oppoſe, pour les parts de ſes cofidéjuſſeurs. Le texte des inſtituts, *tit. de fid.* §. 4, ſur lequel ſe fondent ceux de l'autre ſentiment, ne prouve rien: il dit bien que tous les fidéjuſſeurs doivent être ſolvables lors de la conteſtation en cauſe, pour qu'il y ait lieu à la diviſion de l'action; mais il ne s'enſuit pas de-là que cette diviſion ne puiſſe être demandée depuis.

La Loi 10, §. 1, ff. *de fid.* où il eſt dit que la caution qui a dénié ſon cautionnement, n'eſt pas recevable à oppoſer l'exception de diviſion, n'eſt pas contraire à notre déciſion: car c'eſt cette dénégation faite de mauvaiſe foi, qui le rend indigne de cette grace, & non recevable dans cette exception, & non la litis-conteſtation. La litis-conteſtation intervenue entre le créancier & la caution, ne ſuppoſe pas que la caution ait dénié ſon cautionnement: elle a pu intervenir ſur toute autre choſe, *putà* ſur ce que la caution a ſoutenu la dette acquittée, ou qu'il y avoit quelque fin de non-recevoir, qui rendoit le créancier non recevable en ſa demande. Quelques Docteurs ont donné dans l'excès oppoſé, en décidant que l'exception de diviſion peut être oppoſée même après le jugement de condamnation, à l'exemple de l'exception *cedendarum actionum*, & des exceptions *S. C. Macedoniani & S. C. Velleiani.* Cette opinion eſt démentie par la Loi 10, §. 1, *Cod. de fid.* où il eſt dit que les cautions peuvent propoſer l'exception de diviſion avant le jugement de condamnation, *ante condemnationem;* donc ils ne le peuvent pas après. A l'égard des exemples qu'on apporte des exceptions qui peuvent s'oppoſer même après le jugement, la raiſon eſt, qu'il y a une grande différence entre l'exception de diviſion & l'exception *cedendarum actionum*, celle-ci n'attaque pas la ſentence ni le droit acquis par cette ſentence au créancier, qui n'a aucun intérêt à refuſer la ceſſion de ſes actions à la caution qui a été condamnée envers lui lorſqu'elle le paie; au-lieu que l'exception de diviſion, ſi on la propoſoit après le jugement de condamnation,

attaque ce jugement, & le droit acquis par ce jugement au créancier, puiſqu'elle tend à reſtreindre à une portion, le droit qui eſt acquis au créancier par ce jugement, d'exiger le total de la dette, de la caution qui a été condamnée envers lui. Quant à ce qui eſt décidé pour les exceptions *S. C. Macedoniani*, *S. C. Velleiani*, c'eſt un droit ſingulier fondé ſur la faveur de ces exceptions, & ſur une eſpece d'intérêt public, *ad coercendos fœneratores & ad ſubveniendum ſexui muliebri.* Ce droit ſingulier ne peut être tiré à conſéquence, & ne peut être étendu à l'exception de diviſion, ni aux autres exceptions péremptoires; *Vin. ibid.*

Lorſque le jugement de condamnation eſt ſuſpendu par un appel, on peut dire qu'il n'y a pas de condamnation, juſqu'à ce qu'il intervienne un Arrêt définitif; d'où il ſuit que la caution peut être admiſe en cauſe d'appel, à oppoſer l'exception de diviſion. C'eſt l'avis des Docteurs cités par *Bruneman*, *ad* L. 10, *Cod. de fid.*: c'eſt auſſi l'avis de Vinnius.

§. VI.

De l'effet de l'exception de diviſion.

426. L'effet de l'exception de diviſion eſt de faire prononcer par le Juge, la diviſion de la dette entre les fidéjuſſeurs qui ſont ſolvables, & de reſtreindre par ce moyen la demande qui a été donnée contre le fidéjuſſeur qui a oppoſé la diviſion, à ſa part ſeulement.

Avant que cette diviſion de la dette ait été prononcée par le Juge ſur l'exception de diviſion, ou qu'elle ait été faite volontairement par le créancier par la demande qu'il auroit donnée contre chacun des fidéjuſſeurs pour ſa part, L. 16, *Cod. de fid.* chacun des fidéjuſſeurs eſt véritablement débiteur du total de la dette. C'eſt pourquoi, ſi l'un d'eux a payé le total, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ſes cofidéjuſſeurs; L. 49, §. 1, ff. *de fid.*; car il devoit véritablement le total qu'il a payé, en n'uſant pas de l'exception de diviſion dont il pouvoit uſer, *plenius fidem exſolvit.* Mais depuis que la diviſion de la dette a été prononcée, la dette eſt tellement diviſée, que quand même l'un des fidéjuſſeurs entre qui la dette a été diviſée, deviendroit depuis inſolvable, le créancier n'auroit aucun recours contre les autres, pour la part de cet inſolvable; L. 15, §. 4, ff. *de fidej.*

Il reſte une queſtion, ſi le fidéjuſſeur qui demande la diviſion de l'action du créancier entre lui & ſon cofidéjuſſeur, avoit payé auparavant une partie de la dette, doit-il payer la moitié de ce qui reſte dû, ſans rien imputer de ce qu'il a payé? Papinien l'avoit décidé ainſi, *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent.* Cette déciſion, quoique conforme à la rigueur du principe, n'a pas été ſuivie, & il a été trouvé plus équitable d'accorder au fidéjuſſeur la faculté d'imputer ſur la part dont il eſt tenu de la dette, ce qu'il a déja payé, & de ne l'obliger à payer que le ſurplus de ſa part du total de la dette, & charger de l'autre en entier ſon cofidéjuſſeur, *ſed humanius eſt*, dit l'annotateur, *ſi & alter ſolvendo ſit, per exceptionem ei qui ſolvit ſuccurri*; d. L. 51, §. 1.

ARTICLE IV.

De la ceſſion d'actions, ou ſubrogation que le créancier eſt tenu d'accorder au fidéjuſſeur qui le paie.

427. Un troiſieme bénéfice que les loix accordent au fidéjuſſeur, c'eſt que lorſqu'il paie, il peut requérir le créancier de le ſubroger à tous ſes droits, actions & hypotheques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres perſonnes qui ſont tenues de cette dette; c'eſt ce qui réſulte de la Loi 17, ff. *de fid.*; L. 21, *Cod. d. tit.* & de quantité d'autres textes. Voyez ſur cette ceſſion d'actions, & ſur l'exception qu'a le fidéjuſſeur qui s'eſt par ſon fait mis hors d'état de les céder, *infrà, p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

SECTION VII.

Du droit qu'a la caution contre le principal débiteur & contre ſes cofidéjuſſeurs.

428. La caution a recours contre le débiteur principal après qu'elle a payé. Nous traiterons de ce recours dans un premier article. Il y a même des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé, dont nous parlerons dans le ſecond article. Nous traiterons dans un troiſieme, de la queſtion particuliere, ſi la caution d'une rente conſtituée peut obliger au bout d'un certain temps le débiteur au rachat de la rente. Nous traiterons dans le quatrieme, du droit de la caution contre ſes cofidéjuſſeurs.

ARTICLE PREMIER.

Du recours de la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé.

§. I.

Quelles ſont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé.

429. Après que la caution a payé, ſi elle s'eſt fait ſubroger aux droits & actions du créancier, elle peut les exercer contre le débiteur, comme le créancier auroit pu faire lui-même. Si elle a négligé d'acquérir cette ſubrogation, elle ne laiſſe pas d'avoir de ſon chef une action contre le débiteur principal, pour ſe faire rembourſer de ce qu'elle a payé pour lui.

Cette action eſt l'action *mandati contraria*, ſi c'eſt au ſçu & au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionné : car ce conſentement du débiteur principal, renferme un contrat tacite de mandat, ſuivant cette regle de Droit, *ſemper qui non prohibet pro ſe intervenire, mandare creditur*; L. 60, ff. *de R. J.* Si la caution s'eſt obligée pour le débiteur principal ſans ſa connoiſſance, elle ne peut pas

avoir contre lui l'action *mandati*, mais elle a contre lui l'action *contraria negotiorum gestorum*, qui a le même effet.

§. II.

Quel paiement donne lieu à ces actions.

430. Il n'importe que la caution ait payé en conséquence d'une sentence de condamnation, ou volontairement & sans sentence : car en l'un & l'autre cas *utiliter debitoris negotium gessit*; elle lui a procuré la libération de sa dette, & par conséquent il doit la rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour la lui procurer.

Il n'importe que le paiement ait été un paiement réel, ou une compensation, ou une novation : en tous ces cas, elle a droit de demander que le débiteur principal la rembourse, soit de la somme qu'elle a payée, soit de celle qu'elle a compensée, soit de celle qu'elle s'est obligée de payer pour éteindre l'obligation du principal débiteur.

431. Si le créancier en considération de la caution, a fait remise de la dette à titre purement gratuit, la caution ne peut rien demander au principal débiteur, qui a profité de cette remise, parce qu'il n'en a rien coûté à la caution. Si la remise étoit faite pour la récompense des services que la caution a rendus au créancier, la caution pourroit se faire rembourser de cette somme par le débiteur principal; car en ce cas il en a coûté à la caution la récompense qu'elle auroit pu espérer de ses services, dont elle souffre la compensation pour la dette de ce débiteur principal, à laquelle elle a accédé comme caution. C'est la disposition de la Loi 12, ff. *mandat.* & cela est conforme à cette maxime de la Loi 26, §. 4, ff. *d. tit. Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quàm quod solverit.*

§. III.

Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal.

432. Pour que le paiement fait par la caution, donne lieu à ces actions, il faut, 1°. que la caution n'ait pas par sa faute négligé quelque fin de non-recevoir qu'elle eût pu opposer au créancier.

2°. Que le paiement ait été valable, & ait libéré le débiteur principal.

3°. Que le débiteur principal n'ait pas payé une seconde fois par la faute de la caution.

Premiere condition.

433. Pour que la caution qui a payé, ait recours contre le débiteur principal, il faut qu'elle n'ait pas négligé par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir, si elle en avoit quelques-unes à opposer contre le créancier. Par exemple, si quelqu'un m'a cautionné pour le prix d'un héritage que j'ai acheté, & qu'ayant connoissance que cet héritage m'a été évincé, il paie néanmoins le prix à mon

vendeur envers qui il s'eſt rendu caution pour moi, il n'aura aucun recours contre moi; parce qu'il pouvoit ſe diſpenſer de payer, en oppoſant au vendeur l'exception réſultante de l'éviction que j'avois ſoufferte. Si la caution avoit ignoré l'éviction, & par conſéquent l'exception qui en réſulte, contre la demande du prix que lui a fait le vendeur, je ſerai obligé de lui rendre ce qu'il a payé, ſauf mon recours contre mon vendeur : car il n'eſt pas en faute de n'avoir pas oppoſé une exception dont il n'avoit pas de connoiſſance, & c'eſt moi qui ſuis en faute au contraire de ne l'en avoir pas averti : la Loi 29, ff. *mand.* établit ces principes dans une eſpece aſſez reſſemblante. Au reſte, il n'y a que l'ignorance de fait qui peut en ce cas excuſer la caution; il en ſeroit autrement de l'ignorance de droit : *finge* j'ai acheté ſous votre cautionnement une maiſon que je croyois ſubſiſter, & qui avoit été entiérement brûlée avant le contrat : quoique vous euſſiez depuis appris l'incendie, vous avez payé le prix que vous croyiez par erreur de droit être dû; vous ne devez avoir aucun recours contre moi; *d.* L. 29, §. 1.

434. Si la caution avoit une fin de non-recevoir à oppoſer contre le créancier, mais qui fût telle qu'elle ne pût l'oppoſer honorablement, en ce cas la caution n'eſt pas, à la vérité, obligée à l'oppoſer; mais elle ne doit pas priver le débiteur de la faculté de l'oppoſer. C'eſt pourquoi elle doit ſe laiſſer aſſigner pour le paiement, & appeller en cauſe le débiteur principal, afin qu'il puiſſe l'oppoſer, ſi bon lui ſemble : faute de le faire, la caution n'aura aucun recours contre le débiteur principal de ce qu'elle aura payé : c'eſt ce qui réſulte des Loix 48, ff. *mand.*; & Loi 10, §. 12, *d. tit.*

On peut apporter pour exemple de ces fins de non-recevoir qu'on ne peut honorablement oppoſer, celle qu'on peut oppoſer au créancier de rente conſtituée, qui a laiſſé accumuler plus de cinq années.

435. La regle que nous avons établie, que la caution, pour avoir recours contre le débiteur principal, doit n'avoir pas omis par ſa faute, d'oppoſer les fins de non-recevoir qu'elle avoit à oppoſer, ſouffre exception lorſque ces fins de non-recevoir lui étoient perſonnelles, & ne pouvoient être oppoſées par le débiteur principal. Par exemple, ſi la caution qui m'a cautionné juſqu'à un certain temps, paie pour moi après ce temps, quoiqu'elle eût pu ſe diſpenſer de payer, elle ne laiſſera pas d'avoir recours contre moi; parce qu'elle a payé pour moi ce que je n'aurois pu éviter de payer. C'eſt la déciſion de la Loi 29, §. 6, ff. *mand. quamquam enim jam liberatus ſolverit, fidem implevit, & debitorem liberavit.* Il ſuffit qu'elle m'ait procuré à ſes dépens la libération, pour que je doive l'en indemniſer; autrement je m'enrichirois à ſes dépens, ce que l'équité ne permet pas; *neminem æquum eſt cum alterius detrimento locupletari.*

Deuxieme condition.

436. Il faut, pour que la caution ait un recours contre le débiteur principal, que le paiement qu'elle a fait ſoit valable : c'eſt pourquoi ſi celui qui me doit un cheval indéterminément, m'a donné une caution, & que cette caution par la ſuite m'en fourniſſe un qui ſe trouve ne lui pas appartenir, la caution n'aura point de recours contre le débiteur principal; parce que le paie-

ment qu'elle a fait n'eſt pas valable, & n'a point procuré au principal débiteur ſa libération.

437. Cette regle ſouffre exception dans le cas auquel la caution pourſuivie par le créancier, payeroit dans l'ignorance où elle ſeroit que le débiteur principal a déja payé : car quoique ce paiement fait par la caution étant le paiement d'une ſomme qui avoit ceſſé d'être due, ne ſoit pas un paiement valable, néanmoins la caution ne laiſſera pas d'avoir recours *actione mandati contrariâ*, contre le débiteur principal, pour être rembourſée de la ſomme qu'elle a payée, à la charge ſeulement par la caution de ſubroger le débiteur principal en ſon action de répétition contre le créancier qui peut être inſolvable, pour par le débiteur principal s'en faire payer, comme il pourra. C'eſt la déciſion de la Loi 29, §. 2, ff. *mand.* Le débiteur principal eſt en faute de n'avoir pas averti la caution qu'il avoit payé.

Cette déciſion ne doit pas avoir lieu lorſque la caution a cautionné le débiteur principal à ſon inſçu ; car en ce cas le débiteur principal n'eſt pas en faute de n'avoir pas averti du paiement cette caution qu'il ne connoiſſoit pas.

TROISIEME CONDITION.

438. Un troiſieme cas auquel la caution qui a payé, n'a pas de recours pour la ſomme qu'elle a payée contre le débiteur principal, c'eſt lorſque faute par elle d'avoir averti le débiteur principal, ce débiteur a payé une ſeconde fois au créancier : mais au moins elle peut demander que le débiteur lui cede ſon action pour répéter contre le créancier qui a reçu, ce qui ne lui étoit plus dû ; c'eſt la déciſion de la Loi 29, §. 3, ff. *mand.*

Selon nos uſages, ces ceſſions ſe ſuppléent, & on permettroit en ce cas-ci à la caution de répéter *rectâ viâ* du créancier, ce qu'il auroit reçu une ſeconde fois.

§. IV.

Quand la caution qui a payé peut-elle exercer ſon recours.

439. Réguliérement la caution qui a payé, peut agir en recours contre le débiteur principal, auſſi-tôt qu'elle a payé pour lui : mais ſi elle avoit payé avant que le terme fût échu, elle ne pourroit agir en recours contre lui qu'apres l'expiration du terme ; car elle ne doit pas par ſon fait le priver du terme dont il a droit de jouir ; L. 22, §. 1 ; L. 51, ff. *mand.*

§. V.

Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action contre chacun d'eux, & pour combien.

440. La caution peut par l'action *contraria mandati*, ou par l'action *contraria negotiorum geſtorum*, agir contre chacun des débiteurs principaux qu'elle a cautionné, pour la répétition du total de ce qu'elle a payé : car chacun de ces débiteurs principaux étant débiteur du total de la dette envers le créan-

cier, la caution en ſe rendant caution pour chacun d'eux & en payant, a libéré chacun d'eux du total; & par conſéquent elle a droit de conclure ſolidairement contre chacun d'eux au rembourſement du total de ce qu'elle a payé, & aux intérêts du jour de ſa demande.

Si dans ce que la caution a payé il y avoit des intérêts & des arrérages, ces intérêts & ces arrérages forment un capital à l'égard de la caution qui les a payés, vis-à-vis le débiteur pour qui elle les a payés, & les intérêts en ſont dus à la caution, du jour de ſa demande; *Arrêt rapporté par Papon*, x. 4, 20.

Obſervez néanmoins que pour la ſomme qu'elle a payée pour ces intérêts & arrérages, la caution qui s'eſt fait ſubroger aux droits du créancier, ſera colloquée ſur les biens du débiteur, contre qui elle exerce ſon recours, dans le même rang qu'y ſeroit colloqué le créancier s'il n'étoit pas payé : mais à l'égard des intérêts de cette ſomme que nous diſons lui être dus du jour de ſa demande, comme ce n'eſt que de ſon chef qu'elle a droit de les prétendre, elle ne ſera colloquée que du jour de l'acte d'indemnité paſſé devant Notaire, ſi le débiteur lui en a paſſé; ou s'il n'y en a point, du jour de la condamnation qu'elle aura obtenue contre lui.

La caution qui exige de l'un des débiteurs principaux qu'elle a cautionné, le total de la dette qu'elle a acquittée, doit céder à ce débiteur non-ſeulement ſes actions qu'elle a de ſon chef contre les autres débiteurs, mais auſſi les actions du créancier auxquelles elle a dû ſe faire ſubroger en le payant. Si la caution en payant le créancier, a négligé de requérir cette ſubrogation, & qu'elle ſe ſoit par-là miſe hors d'état d'en pouvoir procurer la ſubrogation à celui des débiteurs principaux de qui elle exige le total de la dette qu'elle a acquittée, ce débiteur pourra, en offrant de la rembourſer pour ſa part, obtenir *per oppoſitam exceptionem cedendarum actionum* le congé de la demande de la caution pour les parts des autres débiteurs principaux.

Cela a lieu ſi le débiteur avoit effectivement intérêt à avoir la ſubrogation aux actions du créancier : mais s'il n'avoit aucun intérêt à cette ſubrogation, ſi la ſubrogation aux actions que la caution a de ſon chef lui donne le même avantage ſur les biens de ſes codébiteurs, que la ſubrogation aux actions du créancier, en ce cas il n'eſt pas recevable à ſe plaindre que la caution n'ait pas requis en payant la ſubrogation aux actions du créancier, & ne puiſſe la lui procurer; il eſt par conſéquent non-recevable dans l'exception *cedendarum actionum*.

C'eſt ce qui paroîtra par l'exemple ſuivant : *finge*, pluſieurs débiteurs ont emprunté ſolidairement une ſomme d'un créancier ſous mon cautionnement, & ils m'ont donné chacun un acte d'indemnité devant Notaire, de même date que l'obligation qu'ils ont contractée envers le créancier : j'ai acquitté cette dette ſans requérir la ſubrogation aux actions du créancier; j'en demande le rembourſement pour le total à l'un des débiteurs : il eſt évident qu'il ne peut pas ſe plaindre de ce que je ne puis lui procurer la ſubrogation aux actions du créancier; car l'action que j'ai de mon chef contre les codébiteurs, & à laquelle je ſuis prêt de le ſubroger, ayant une hypotheque réſultante de l'acte d'indemnité de même date que l'hypotheque des actions du créancier; la ſubrogation à cette action que je lui offre, lui procure le même avantage

avantage ſur les biens de ſes codébiteurs, que lui auroit procuré la ſubrogation à celles du créancier, & par conſéquent le rend ſans intérêt, & non-recevable à ſe plaindre de ce que je ne la lui ai pas pu procurer.

Lorſque la caution ne s'eſt rendue caution que pour l'un des débiteurs ſolidaires, & non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné: elle peut ſeulement, comme exerçant les droits & actions de ſon débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, auroit pu exercer contr'eux, & de la même maniere qu'il les auroit exercées; ſur quoi *voyez* ſuprà, *n.* 281.

ARTICLE II.

Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé.

441. La Loi 10, *Cod. mand.* ne reconnoît que trois cas dans leſquels une caution puiſſe, avant qu'elle ait acquitté la dette, agir contre le débiteur qu'elle a cautionné, pour en être par lui indemniſée. *Si pro eâ contrà quam ſupplicas fidejuſſor, ſeu mandator interceſſiſti, & neque condemnatus es, neque bona ſua eam dilapidare poſtea cæpiſſe comprobare poſſis, ut tibi juſtam metuendi cauſam præbeat, neque ab initio ita te obligationem ſuſcepiſſe, ut eam poſſis & antè ſolutionem convenire, nullâ ratione, antequam ſatis creditori pro eâ feceris, eam ad ſolutionem urgeri certum eſt; d.* L. 10.

Le premier cas rapporté dans cette Loi, eſt lorſque la caution a été condamnée à payer, *ſi neque condemnatus es.*

Selon notre Pratique Françoiſe, la caution n'eſt pas obligée d'attendre qu'elle ait été condamnée. Auſſi-tôt qu'elle eſt pourſuivie par le créancier, elle peut aſſigner le débiteur principal comme ſon garant, pour qu'il ſoit tenu de l'acquitter: elle doit même le faire; faute de quoi le débiteur n'eſt point tenu d'acquitter la caution des frais faits avant qu'il ait été appellé en cauſe, mais ſeulement de l'exploit de la demande originaire, & des frais faits depuis qu'il a été mis en cauſe.

Le débiteur que la caution n'a pas appellé, peut même quelquefois ſe défendre de l'acquitter du principal, au paiement duquel la caution a été condamnée, lorſqu'il avoit de bons moyens de défenſe contre la demande du créancier qu'il eût pu oppoſer, s'il eût été appellé en cauſe, *ſuprà*, *n.* 432.

Le ſecond cas eſt, lorſque le débiteur principal eſt en déroute, *neque poſteà bona ſua dilapidare comprobare poſſis*: en ce cas la caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé, peut faire arrêt ſur les biens du débiteur principal, pour répondre du cautionnement qu'elle a ſubi pour lui.

Le troiſieme cas exprimé par cette Loi, eſt lorſque le débiteur s'eſt obligé à rapporter à la caution la décharge de ſon cautionnement dans un certain temps: en ce cas, après le temps expiré, la caution peut agir contre le débiteur principal, pour qu'il lui rapporte cette décharge, ou deniers à ſuffire pour payer le créancier.

La Loi dit, *neque ab initio*, parce que, ſuivant les principes du Droit Ro-

main, cette convention devoit intervenir dès le temps du mandat; les conventions qui n'interviennent que depuis le contrat, n'étant que de ſimples pacts, qui, ſelon la ſubtilité du Droit Romain, ne pouvoient pas produire d'action : *Voyez in Pand. Juſtin. tit. de pactis, n.* 34. Ces ſubtilités n'ayant point été reçues dans notre Droit, il n'importe que la convention ſoit intervenue dès le temps du contrat, ou depuis.

La Loi 38, §. 1, *mand.* rapporte un quatrieme cas; *ſi diù reus in ſolutione ceſſavit.* Suivant cette Loi, quoiqu'il n'y ait aucune clauſe par laquelle le débiteur principal ſeroit obligé à faire décharger la caution de ſon cautionnement dans un certain temps, néanmoins la caution, dont l'obligation dure depuis un temps conſidérable, peut aſſigner le débiteur principal à lui en procurer la décharge. La Loi, par ce terme *diù*, déſigne un temps conſidérable; mais elle ne le détermine pas préciſément. Barthole l'arbitre à deux ou trois ans : pluſieurs l'arbitrent au temps de dix ans, depuis la date du cautionnement. On ne peut rien définir à cet égard: cela doit dépendre des circonſtances, & être laiſſé à l'arbitrage du Juge; *gl. ad d.* L. 38.

442. Lorſque l'obligation à laquelle une caution a accédé, doit par ſa nature durer un certain temps, quelque long qu'il ſoit, la caution ne peut demander pendant tout ce temps que le débiteur principal l'en faſſe décharger; car ayant connu ou dû connoître la nature de l'obligation à laquelle elle accédoit, elle a dû compter qu'elle demeureroit obligée pendant tout ce temps : c'eſt pourquoi celui qui s'eſt rendu caution d'un tuteur pour la geſtion de ſa tutele, ne peut demander au tuteur, tant que ſa tutele durera, qu'il le faſſe décharger de ſon cautionnement; parce que l'obligation qui réſulte de l'adminiſtration de ſa tutele, ne peut finir avant la fin de la tutele. Par la même raiſon, celui qui s'eſt rendu caution pour un mari envers ſa femme de la reſtitution de ſa dot, ne peut demander à ce mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de ſon cautionnement; parce que l'obligation de la reſtitution de la dot eſt de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la diſſolution du mariage.

ARTICLE III.

Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat.

443. Ou il y a eu une convention entre la caution & le débiteur principal, que le débiteur ſeroit obligé de la décharger de ſon cautionnement, au bout d'un certain temps convenu entre les parties; ou il n'y a eu à cet égard aucune convention. Le premier cas fait moins de difficulté : il ne laiſſe pas néanmoins d'avoir quelque difficulté apparente. On peut dire qu'une telle convention n'eſt pas valable comme contraire à la nature des rentes conſtituées, de l'eſſence deſquelles il eſt que le débiteur ne puiſſe jamais être forcé de les racheter : on ajoute que de telles conventions, ſi elles étoient permiſes, ouvriroient la voie aux fraudes des créanciers, qui pour ſe ménager le pouvoir de forcer au rachat les débiteurs des rentes qu'on leur conſtitueroit, n'acquerroient la rente que ſous la condition ſecrette qu'on feroit intervenir une cau-

tion à eux affidée, avec qui le débiteur auroit convention de racheter la rente au bout d'un certain temps; & par ce moyen ces créanciers ſe feroient indiſtinctement des rentes uſuraires, ſans aliéner leur fond & leur principal. Nonobſtant ces raiſons, Dumoulin, *Tr. de uſur. Q.* 30, décide que cette convention eſt valable; que la caution peut au bout du temps convenu, exiger du débiteur principal qu'il la faſſe décharger de ſon cautionnement, & que pour cet effet il ſoit tenu de rembourſer la rente. Si on oppoſe contre cette convention, qu'il eſt de l'eſſence des rentes conſtituées, que le débiteur ne puiſſe être forcé à les racheter, la réponſe eſt qu'il eſt vrai qu'il eſt de l'eſſence de ces rentes, que le débiteur ne puiſſe être forcé par le créancier à les rembourſer; mais rien n'empêche qu'il puiſſe y être forcé par un tiers: c'eſt la parfaite aliénation du ſort principal que le créancier a payé pour l'acquiſition de la rente conſtituée; mais il ſuffit pour cette aliénation, que le créancier de la rente ne ſe ſoit pas retenu le droit de pouvoir l'exiger, & qu'il n'y puiſſe jamais obliger le débiteur; il eſt indifférent que le débiteur puiſſe y être obligé par un tiers. Quant à la ſeconde objection tirée de la fraude, la réponſe eſt, qu'elle ne ſe préſume pas. Il eſt vrai que la permiſſion de cette convention peut donner quelquefois occaſion à l'eſpece de fraude ci-deſſus mentionnée, & c'eſt un inconvénient; mais ſi ſous le prétexte de cet inconvénient, cette convention, qui en elle-méme n'a rien que de très-licite, étoit défendue, il en réſulteroit un plus grand, qui eſt, que ſouvent des perſonnes ne trouveroient pas l'argent dont elles ont beſoin pour leurs affaires, faute de trouver des cautions qui vouluſſent contracter une obligation dont la durée ne ſeroit pas limitée.

Le ſecond cas qui eſt celui auquel il n'y a eu aucune convention entre le débiteur principal & la caution, ſouffre plus de difficulté. Dumoulin, *ibid.* décide qu'en ce cas la caution ne peut au bout de quelque long temps que ce ſoit, obliger le débiteur principal à rembourſer la rente, pour la décharger de ſon cautionnement; parce que la nature de la rente étant de durer perpétuellement, juſqu'à ce qu'il plaiſe au débiteur de la racheter, la caution qui en a connu la nature, & qui a bien voulu la cautionner, s'eſt ſoumiſe à contracter une obligation perpétuelle, ainſi que l'eſt la rente: *Non obſtat*, dit-il, *quod diù vel perpetuò remanebit in obligatione, quia hoc eſt de naturâ obligationis, & ſic prævifum fuit, & tamen fidejuſſit, & ſe perpetuò obligavit: ſimplex autem promiſſio indemnitatis, intelligitur ſecundùm naturam obligationis principalis.* Ainſi, ajoute-t-il, celui qui ſe rend caution pour celui qui a pris à bail un héritage pour le temps de quatre-vingt ans, contracte un cautionnement de pareille durée: ainſi les cautions d'une tutele, ainſi les cautions d'un mari pour la reſtitution de la dot, contractent des cautionnemens qui doivent durer autant que la tutele ou le mariage, & dont ils ne peuvent être déchargés plutôt: c'eſt la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, atteſtée par Catelan, *t.* 2, *l.* 5, *ch.* 21. Nonobſtant ces raiſons, on tient au Palais que méme dans ce cas auquel il n'y a eu aucune convention entre le principal débiteur & la caution, lorſque la caution s'eſt obligée à la priere du débiteur, & que ſon cautionnement dure depuis un temps tres-conſidérable, comme de dix ans au moins, la caution eſt bien fondée à demander au débiteur principal qu'il l'en décharge, en rembourſant la rente dans un certain temps qui lui ſera limité par le Juge. La raiſon eſt que ſi

une rente eſt de nature à toujours durer, juſqu'à ce qu'elle ſoit rembourſée, elle eſt auſſi de nature à pouvoir toujours être rembourſee : ſi la caution d'un preneur par bail à longues années, d'un tuteur, ou d'un mari, pour la reſtitution de la dot, ne peut être déchargée qu'après l'expiration du bail, ou après l'expiration du temps de la tutele ou du mariage, c'eſt qu'il eſt de la nature de ces obligations de ne pouvoir finir plutôt. C'eſt pourquoi celui qui s'eſt rendu caution par ces eſpeces d'obligations, a dû compter que l'obligation de ſon cautionnement ne finiroit pas plutôt : mais les rentes conſtituées pouvant être rembourſées, & ſe rembourſant très-fréquemment, celui qui s'eſt rendu caution pour le débiteur, a compté que le débiteur la rembourſeroit, & que ſon cautionnement ne ſeroit pas éternel : c'eſt pourquoi, lorſqu'il dure trop long-temps, il doit être reçu à demander que le débiteur le décharge en rembourſant la rente : c'eſt l'avis de Baſnage, *p.* 2, *ch.* 5. Lacombe cite un Arrêt qui l'a jugé.

Le droit qui réſulte de la convention, que le débiteur ſera tenu de rembourſer la rente dans un certain temps convenu, pour décharger la caution, ne s'exerce pas à la rigueur. C'eſt pourquoi ſi la caution, après l'expiration du temps convenu, pourſuit le débiteur pour faire ce rembourſement, le Juge doit être facile à accorder au débiteur une prorogation de temps pour ſatisfaire à cette obligation, lorſque le débiteur n'a pas la commodité de le faire incontinent ; *Molin. ibid.*

444. Lorſque le fidéjuſſeur qui eſt convenu avec le débiteur principal, qu'il rembourſeroit la rente dans un certain temps, eſt devenu l'unique héritier du créancier de la rente, ou lorſqu'en étant devenu héritier pour partie, la rente eſt tombée par le partage en ſon lot, il eſt évident qu'il ne peut plus exiger du débiteur principal, le rembourſement de la rente : car ſon cautionnement ſe trouve en ce cas éteint, ne pouvant pas être caution envers lui-même, il ne peut donc plus être recevable à demander que le débiteur le décharge d'un cautionnement qui ne ſubſiſte plus, & dont il ſe trouve libéré.

Quid, Si la rente pour laquelle il s'eſt rendu caution envers le défunt, eſt tombée au lot de ſon cohéritier, ou que le partage ne ſoit pas encore fait ? Dumoulin, *ibid.* décide que ſi la caution n'eſt devenue héritiere du créancier que pour une petite portion, elle peut en l'un & l'autre cas exercer le droit qu'elle a de ſon chef, d'obliger le débiteur à lui procurer la décharge de ſon cautionnement en rembourſant la rente ; mais que ſi elle eſt devenue héritiere du créancier pour une portion conſidérable, comme pour une moitié, ou pour un tiers, elle ne peut ni dans l'un ni dans l'autre cas, exiger du débiteur cette décharge. La raiſon qu'il en apporte eſt, que la caution, en devenant héritiere pour une portion conſidérable de la rente, eſt devenue créanciere de cette rente pour une portion conſidérable, & que cette qualité de créancier pour une portion conſidérable de la rente qu'elle a, ou qu'elle a eue avant le partage, réſiſte au droit d'en exiger du débiteur le rembourſement, pour ſe procurer la décharge de ſon cautionnement ; d'autant plus qu'il lui eſt, ou qu'il lui a été facile de ſe procurer d'une autre maniere cette décharge, en faiſant tomber par le partage cette rente dans ſon lot.

J'aurois de la peine à me rendre à cette déciſion de Dumoulin, ſur-tout

dans le cas auquel la rente eſt échue en entier en partage au cohéritier de la caution : car ſuivant les principes de notre Juriſprudence ſur l'effet déclaratif & rétroactif des partages, qui n'étoient pas ſi bien établis au temps de Dumoulin qu'ils le ſont aujourd'hui, un héritier n'eſt cenſé avoir ſuccédé au défunt, qu'aux effets qui lui ſont échus dans ſon lot par le partage : la caution eſt donc cenſée n'avoir jamais ſuccédé à la rente pour laquelle elle s'eſt rendue caution envers le défunt, cette rente étant tombée en entier dans le lot de ſon cohéritier; elle n'a donc, & eſt cenſée n'avoir jamais eu pour aucune portion, la qualité de créancier de cette rente ; rien ne peut donc l'empêcher d'exercer le droit qu'elle a de ſon chef, d'exiger du débiteur qu'il la rembourſe, pour lui procurer la décharge de ſon cautionnement. Quant à ce qu'ajoute Dumoulin, qu'il a été facile à la caution de ſe procurer d'une autre maniere la décharge de ſon cautionnement, en faiſant tomber la rente dans ſon lot, je réponds, 1°. que cela ne dépendoit pas entiérement de la caution : ſon cohéritier à qui cette rente pouvoit faire plus de plaiſir, que des fonds d'héritages, ayant pu exiger que le ſort en décidât; 2°. quand cela auroit dépendu de la caution, je ne vois pas qu'elle fût obligée, pour faire plaiſir au débiteur, de prendre cette rente, plutôt que d'autres effets de la ſucceſſion qui pouvoient lui faire plus de plaiſir, & lui être plus avantageux.

Le cas auquel le partage n'eſt pas fait, a plus de difficulté : je penſerois qu'en ce cas, ſur la demande que donneroit la caution contre le débiteur, pour le rembourſement de la rente, on devroit ſurſeoir juſqu'après le partage : car il n'eſt pas équitable que la caution pourſuive le débiteur pour le rembourſement, lorſqu'elle a eſpérance d'acquérir la décharge de ſon cautionnement par le partage par lequel il peut arriver que cette rente tombe dans ſon lot.

Quid, Si le partage étoit fait, & que la rente fût demeurée en commun entre la caution & ſon cohéritier ? Je conviens qu'en ce cas la qualité qu'a la caution du créancier pour une portion de cette rente, l'empêche de pouvoir exiger du débiteur qu'il faſſe le rembourſement du total de cette rente : mais pourquoi ne pourroit-elle pas, en lui déclarant qu'elle conſent qu'il la lui continue pour la portion qui lui eſt tombée en partage, exiger qu'il la lui rembourſe pour la portion qui appartient à ſon cohéritier, pour la décharger envers lui de ſon cautionnement ? Je ne vois rien qui l'en doive empêcher.

La caution ceſſe d'avoir le droit d'exiger que le débiteur principal faſſe le rachat de la rente, non-ſeulement lorſque c'eſt à titre d'héritier qu'elle devient propriétaire & créanciere de la rente, mais auſſi lorſqu'elle le devient à quelque titre que ce ſoit, ſoit univerſel, ſoit particulier; *putà*, ſi elle devient donataire ou légataire univerſelle du créancier de la rente, ou donataire ou légataire particuliere de la rente : car elle n'a droit d'en demander le rachat que pour être déchargée de ſon cautionnement, & elle n'a plus beſoin d'en être déchargée lorſqu'elle eſt devenue propriétaire de la rente, à quelque titre que ce ſoit; puiſque des-lors ſon cautionnement eſt éteint, perſonne ne pouvant être caution envers ſoi-même.

Si le droit de propriété de la rente que la caution a acquis, n'étoit qu'un droit réſoluble, *putà* ſi elle étoit donataire ou légataire de cette rente, à la charge de ſubſtitution, l'obligation de ſon cautionnement ſeroit en ce cas plu-

tôt ſuſpendue, qu'éteinte : elle revivroit lorſque ſon droit de propriété viendroit à ſe réſoudre, *putà* par l'ouverture de la ſubſtitution. C'eſt pourquoi la caution ne pourroit pas à la vérité exiger le rachat de la rente, pendant le temps qu'elle en ſeroit propriétaire ; mais ſon droit de propriété venant à ſe réſoudre, & en conſéquence l'obligation de ſon cautionnement venant à revivre envers celui à qui la propriété de la rente a paſſé, le droit de demander au pricipal débiteur qu'il rachete la rente, pour qu'elle ſoit déchargée de ſon cautionnement, doit pareillement revivre, & le temps dans lequel il s'eſt obligé de faire ce rachat qui avoit ceſſé de courir pendant que la caution étoit propriétaire de la rente, recommencera à courir.

Mais ſi la caution qui eſt devenue propriétaire de la rente, ceſſe d'en être propriétaire par une aliénation volontaire qu'elle en a fait, & non par la réſolution de ſon droit, l'obligation de ſon cautionnement ne revit pas, ni par conſéquent le droit d'exiger du débiteur le rachat de la rente ; *Molin. ibid. Quæſt.* 29, *n.* 246.

Si la caution avoit elle-même fait le rachat de la rente, quoiqu'elle ſe fût fait ſubroger aux droits du créancier, & qu'au moyen de cette ſubrogation, elle pût la faire revivre contre le débiteur, néanmoins elle pourra, en ne faiſant pas uſage de cette ſubrogation, répéter du débiteur principal la ſomme qu'elle a payée pour ce rachat. La raiſon eſt qu'un mandataire peut répéter *actione mandati contrariâ*, tout ce que l'affaire dont il s'eſt chargé l'a obligé de débourſer, *quidquid ex causâ mandati ipſi inculpabiliter abeſt* ; (*V. Pand. Juſtin. tit. mand. n.* 53, *& ſeq.*) Or, c'eſt le cautionnement que la caution a ſubi à la priere du débiteur qui l'a obligé à faire ce rachat, pour mettre fin à ſon obligation : donc cette ſomme *ipſi abeſt ex causâ mandati, & quidem inculpabiliter* ; car le débiteur principal ne peut déſapprouver cette dépenſe, puiſqu'il s'étoit obligé lui-même à faire le rachat, pour mettre fin à l'obligation de la caution ſon mandataire, ſi la caution ne l'eût fait elle-même ; donc ce débiteur principal ne peut ſe défendre de la répétition de cette ſomme ; *Molin. ibid. Quæſt.* 30.

Soit que la caution ait donné des deniers pour le rachat de la rente, ſoit que du conſentement du créancier elle lui ait donné quelque choſe équivalente à la ſomme dont elle étoit rachetable, elle a la répétition de cette ſomme contre le débiteur principal ; car en l'un & l'autre cas, *ipſi ex causâ mandati abeſt.*

Obſervez que ſi la caution avoit fait le rachat de la rente avant l'expiration du temps dans lequel le débiteur s'étoit obligé de la racheter, elle n'en pourroit avoir la répétition qu'après l'expiration de ce temps : même après ce temps, cette répétition ne doit pas s'exercer avec rigueur, & lorſqu'elle eſt demandée, le Juge doit être facile à accorder terme au débiteur pour trouver de l'argent.

Nous avons dit que la caution qui a racheté la rente, ne pouvoit avoir la répétition des deniers du rachat contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, qu'autant qu'elle n'uſeroit pas de la ſubrogation à elle accordée pour faire revivre la rente : Pourquoi cela ? Il ſembleroit au contraire que la caution ayant deux qualités *duarum perſonarum vices ſuſtinens*, pourroit exercer tout-à-la-fois les droits différens qui réſultent de ces deux qualités ; ſçavoir, celui d'exiger la continuation de la rente, comme ſubrogée aux droits du créancier,

& celui qu'elle a de ſon chef, d'exiger que le débiteur principal rachete la rente. Il ſemble qu'elle le peut d'autant plus, que le débiteur principal paroît ne ſouffrir en cela aucun préjudice : puiſque ſi la caution n'avoit pas fait le rachat, la caution pourroit exiger de lui qu'il le fît ; & nonobſtant cette demande de la caution, il ne laiſſeroit pas d'être tenu de payer les arrérages au créancier, juſqu'à ce qu'il l'eût fait : or, il lui eſt indifférent de les payer à la caution ſubrogée aux droits du créancier, ou au créancier. Nonobſtant ces raiſons, Dumoulin *quæſt.* 29, décide que la caution qui veut uſer du droit de ſubrogation, & ſe faire ſervir de la rente, ne peut plus dès-lors uſer du droit qu'elle avoit d'en exiger le rachat, parce que ce ſont deux droits abſolument incompatibles : le créancier d'une rente conſtituée, & celui qui en veut exercer les droits, eſt par cette qualité obligé de procurer au débiteur la libre jouiſſance du ſort principal de la rente, auſſi long-temps qu'il lui plaira, ce qui eſt contradictoire avec le droit d'exiger le ſort principal.

Dumoulin, *quæſt.* 30, *n.* 249, apporte ce tempéramment à ſa déciſion, que ſi la caution dans l'ignorance du droit où elle étoit, qu'elle ne pouvoit pas cumuler le droit de faire revivre à ſon profit la rente, & celui d'en exiger le rachat, en avoit reçu une année ou deux d'arrérages, elle ne laiſſeroit pas de pouvoir être reçue à en exiger le rachat, en offrant de renoncer à la ſubrogation aux droits du créancier, & d'imputer en conſéquence ſur le principal, les arrérages qu'elle a reçus.

ARTICLE IV.

Des actions de la caution contre ſes cofidéjuſſeurs.

445. Une caution peut bien exercer contre ſes cofidéjuſſeur, les actions du créancier, lorſqu'elle a eu la précaution de s'y faire ſubroger ; mais ſuivant les Loix Romaines, elle n'a de ſon chef aucune action contre eux, même dans le cas auquel elle auroit payé la dette : c'eſt la déciſion de la Loi 39, ff. *de fid.* ; L. 11, *Cod. d. tit.*

Le principe ſur lequel les Juriſconſultes Romains ſe ſont fondés eſt, que lorſque pluſieurs perſonnes ſe rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation : chacune d'elles n'a d'autre intention que d'obliger le débiteur principal : chacune d'elles ne ſe propoſe de faire l'affaire que du débiteur principal, & non celle de ſes cofidéjuſſeurs ; *ſolius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe eſt vrai, & on peut même dire évident ; mais la conſéquence que les Juriſconſultes Romains en ont tirée, qu'un fidéjuſſeur ne peut jamais ſans ſubrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ſes cofidéjuſſeurs, même lorſqu'il a payé la dette entiere, dont ils étoient tous tenus, eſt une conſéquence trop dure, & que nous n'avons pas admiſe dans notre Juriſprudence. Au contraire nos Juriſconſultes François ont penſé que la caution qui a payé toute la dette, peut ſans ſubrogation d'actions, en répéter une part de chacun de ſes cofidéjuſſeurs : c'étoit l'avis de d'Argentré ſur l'art. 213 de l'ancienne Coutume de Bretagne, & on en a fait une diſpoſition lors de la réformation, *art.* 194.

Cette action ne naît pas du cautionnement que ce fidéjuſſeur a ſubi avec ſes cofidéjuſſeurs, puiſque par ce cautionnement ils n'ont contracté aucune obligation entre eux, ſuivant le principe ci-deſſus établi : elle ne naît que du paiement que ce fidéjuſſeur a fait de toute la dette, & de l'équité qui ne permet pas que ſes cofidéjuſſeurs, qui étoient tenus comme lui de la dette, profitent à ſes dépens du paiement qu'il en a fait. Cette action n'eſt pas la vraie action *negotiorum geſtorum ;* ce fidéjuſſeur qui a payé la dette entiere, ayant payé ce qu'il devoit effectivement, s'étant acquitté de ſa propre obligation, *proprium negotium geſſit, magis quàm cofidejuſſorum* : mais cette action eſt une action *utilis negotiorum geſtorum, quæ non ex ſubtili juris ratione, ſed ex ſolâ utilitatis & æquitatis ratione proficiſcitur ;* parce que, quoique ce fidéjuſſeur *ipſius inſpecto propoſito*, en payant la dette entiere, fît plutôt ſa propre affaire, que celle de ſes cofidéjuſſeurs, néanmoins *effectu inſpecto*, ayant, quant à l'effet, fait l'affaire de ſes cofidéjuſſeurs, en même temps qu'il faiſoit la ſienne, les ayant, par le paiement qu'il a fait, libéré d'une dette qui leur étoit commune avec lui, l'équité exige qu'ils portent leur part de ce paiement, dont ils ont profité autant que lui.

Il y a quelques Auteurs qui ont été bien plus loin, & qui ont ſoutenu que dans le cas de l'inſolvabilité du débiteur principal, un fidéjuſſeur avoit action de ſon chef contre ſes cofidéjuſſeurs, non-ſeulement après qu'il avoit payé le créancier, pour répéter d'eux leurs parts de ce qu'ils auroient été tenus comme lui de payer au créancier, mais que même avant que d'avoir payé, chacun des fidéjuſſeurs avoit action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils contribuent avec lui au paiement de la ſomme qu'ils doivent tous au créancier. Ils ont été même juſqu'à dire, que dans le cas de l'inſolvabilité d'un débiteur de rente conſtituée, un fidéjuſſeur qui ſe trouvoit depuis un temps conſidérable caution de cette rente, avoit action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils fuſſent tenus de contribuer avec lui au rachat de cette rente ; *Voyez* Baſnage, *Traité des Hypotheques, p. 2, ch. 6*, qui cite quelques Arrêts du Parlement de Normandie, qui l'ont jugé ainſi ; & *Brodeau ſur Louet, lettre F, ch.* 27, qui cite auſſi un Arrêt du Parlement de Paris : mais je penſe que ces Auteurs ont été trop loin. J'accorde que lorſque l'un des fidéjuſſeurs eſt pourſuivi par le créancier, ce fidéjuſſeur pourſuivi a action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils aient à fournir chacun leur part de la ſomme demandée, dont le paiement doit faire ceſſer les pourſuites, & qu'à faute de ce faire, ils ſeront tenus chacun pour leur part des frais faits depuis que les pourſuites leur auroient été dénoncées. Cette action naît des pourſuites faites contre ce fidéjuſſeur, & de l'équité qui ne permet pas qu'entre pluſieurs qui ſont tenus également d'une même dette, l'un en ſoit plus pourſuivi que les autres ; c'eſt ſur cette raiſon d'équité qu'a été établi le bénéfice de diviſion entre les cofidéjuſſeurs : cette même raiſon d'équité qui fait admettre un fidéjuſſeur pourſuivi pour le paiement à demander au créancier qu'il partage ſon action & ſes pourſuites entre tous les fidéjuſſeurs, le doit pareillement faire admettre à demander à ſes cofidéjuſſeurs qu'ils contribuent, chacun pour leur part, au paiement de la dette ; & faute de ce, au paiement des frais faits depuis que les pourſuites leur ſont dénoncées. Il doit être admis à cette demande, même lorſqu'il a renoncé au bénéfice de diviſion,

diviſion, ou qu'il en eſt exclus par la nature de la dette cautionnée ; cette renonciation & cette excluſion n'ayant lieu qu'en faveur du créancier.

Mais tant que le fidéjuſſeur n'eſt pas pourſuivi pour le paiement, il n'a aucune action contre ſes cofidéjuſſeurs pour les obliger à contribuer avec lui au paiement de la dette : car les cofidéjuſſeurs, ſuivant le principe établi ci-deſſus, n'ayant pas entendu contracter entre eux aucune obligation, celle d'où nait l'action que l'un d'eux a contre ſes cofidéjuſſeurs, lorſqu'il eſt pourſuivi, n'eſt fondée que ſur une raiſon d'équité, qui naît de la pourſuite même qui eſt faite contre lui ; d'où il ſuit qu'il n'en peut avoir aucune tant qu'il n'eſt pas pourſuivi. A plus forte raiſon le fidéjuſſeur d'une rente ne peut pas, en cas d'inſolvabilité du débiteur principal, avoir action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour les obliger à contribuer avec lui au rachat de la rente ; car de quelle obligation pourroit naître cette action ? Lorſque le fidéjuſſeur l'a rachetée, il ne peut non plus demander autre choſe à ſes cofidéjuſſeurs, que la continuation de la rente, chacun pour leur part ; car l'action qu'il a contre eux ne pouvant naître que de la regle d'équité, qui ne permet pas que ſes fidéjuſſeurs profitent de ce rachat à ſes dépens, ces cofidéjuſſeurs ne retirant de ce rachat d'autre profit que la libération de la preſtation d'une rente, ils ne peuvent être tenus à autre choſe qu'à lui continuer, chacun pour leur part, une rente pareille à celle dont le rachat les a libérés envers le créancier.

Une caution qui a payé une dette exigible, ou racheté une rente, a action contre les autres cautions principales, & en cas d'inſolvabilité de quelques-unes d'entre elles, contre les certificateurs de cette caution inſolvable, qui à cet égard la repréſentent ; mais elle n'a aucune action contre ſes propres certificateurs qui l'ont certifiée elle-même : car le certificateur eſt le fidéjuſſeur de la caution qu'il certifie, *eſt fidejuſſor fidejuſſoris ;* la caution vis-à-vis de ſes propres certificateurs tient lieu d'un débiteur principal, *eſt inſtar rei principalis.*

Par la même raiſon, lorſque le certificateur a payé, il a recours pour le total contre la caution qu'il a certifiée.

SECTION VIII.

De pluſieurs autres eſpeces d'obligations acceſſoires.

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation de ceux qu'on appelle en Droit Mandatores.

446. Celui par l'ordre duquel j'ai prêté de l'argent à quelqu'un, eſt ce qu'on appelle en Droit *Mandator pecuniæ credendæ ; toto tit. ff. de Fidej. & Mand.*

Lorſque vous me donnez l'ordre de prêter une certaine ſomme d'argent à Pierre, cet ordre que je me charge d'exécuter renferme un contrat de mandat qui intervient entre nous.

Suivant les principes du contrat de mandat, le mandataire étant obligé envers le mandant *actione mandati directâ*, à lui tenir compte de tout ce qu'il a *ex cauſâ mandati*, je ſuis par ce contrat, en ma qualité de mandataire, obligé

actione mandati directâ envers vous qui êtes le mandant, à vous céder l'action qui naît du prêt de la ſomme d'argent que j'ai fait en exécution de votre mandat, & que j'ai par conſéquent *ex cauſâ mandati.*

De votre côté, vous êtes obligé envers moi *actione mandati contrariâ*, de me rembourſer & indemniſer de la ſomme que j'ai débourſée, pour exécuter votre mandat, en la prêtant par votre ordre à Pierre. Par cette obligation vous devenez envers moi le répondant de Pierre, pour la dette qu'il a contractée envers moi par le prêt que je lui ai fait.

En cela les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les fidéjuſſeurs.

Il ne faut pas néanmoins les confondre, & il y a une différence eſſentielle entre les uns & les autres.

L'obligation d'un fidéjuſſeur n'eſt autre choſe qu'un ſimple acceſſoire à l'obligation du débiteur principal, qui a pour cauſe celle de l'obligation du débiteur principal. Par exemple, lorſque vous vous rendez caution envers moi, pour une ſomme d'argent que j'ai prêtée à Pierre, ou pour une ſomme d'argent que Pierre me doit pour le prix d'une choſe que je lui ai vendue, le cautionnement que vous contractez n'eſt qu'une ſimple acceſſion à l'obligation de Pierre; la cauſe de votre obligation, auſſi-bien que de celle de Pierre, à laquelle vous avez accédé, eſt la vente ou le prêt que j'ai fait à Pierre.

Il n'en eſt pas de même de l'obligation que vous contractez envers moi, par l'ordre que vous me donnez de prêter une certaine ſomme à Pierre; il eſt vrai qu'elle a le même objet que celle que Pierre contracte envers moi par le prêt que je lui fais par votre ordre. La ſomme d'argent que vous me devez rembourſer *actione mandati contrariâ*, n'eſt pas une pareille ſomme, mais eſt préciſément la même ſomme qui m'eſt due par Pierre; & il ne m'eſt pas permis de la recevoir de vous & de lui, ſuivant la regle *bona fides non patitur ut idem bis exigatur*; L. 57, ff. *de R. J.* Mais quoique votre obligation ait le même objet que celle de Pierre; quoique la ſomme qui m'eſt due par vous & par lui, ſoit une ſeule & même choſe dont Pierre eſt le débiteur le plus principal, puiſqu'il en eſt le debiteur pour lui-même abſolument, & que vous en êtes débiteur plutôt pour lui que pour vous; néanmoins votre obligation n'eſt pas une pure acceſſion à celle de Pierre, elle a une cauſe différente de celle de l'obligation de Pierre, qui eſt le contrat de mandat intervenu entre nous. Ce contrat n'eſt pas un ſimple contrat acceſſoire, tel qu'eſt un cautionnement; c'eſt un contrat principal: votre obligation qui naît de ce contrat, qui eſt une obligation *ex cauſâ mandati*, a donc une cauſe diſtinguée de celle de l'obligation de Pierre, qui m'eſt débiteur *ex cauſâ mutui.*

De ces principes ſur la différence de l'obligation d'un *mandator pecuniæ credendæ*, & de celle d'un ſimple fidéjuſſeur, ſuit cette différence entre l'un & l'autre, que lorſqu'un ſimple fidéjuſſeur a payé la dette pour laquelle il s'eſt rendu caution, ſans requérir, en faiſant le paiement, la ceſſion des actions du créancier contre le débiteur principal, il éteint par ce paiement la dette du débiteur principal, & il ne peut plus par la ſuite ſe faire céder les actions du créancier contre le débiteur principal, qui ont été éteintes par ce paiement: car ſa dette n'étant pas ſeulement une dette de la même choſe, mais étant

préciſément la même dette que celle du débiteur principal, à laquelle il n'a fait qu'accéder, le paiement qu'il a fait a éteint la dette du débiteur principal.

Au contraire, lorſqu'un *mandator pecuniæ credendæ*, par l'ordre de qui j'ai prêté une certaine ſomme à un tiers, *putà* à Pierre, me rembourſe de cette ſomme, quoiqu'il n'ait pas requis la ceſſion de mes actions contre Pierre, le paiement qu'il me fait n'éteint que ſon obligation, & celle de Pierre n'eſt pas éteinte : je demeure nonobſtant ce paiement créancier de Pierre *ex cauſâ mutui*, non pas à l'effet que je puiſſe exiger à mon profit la ſomme qui m'eſt due par Pierre, *ex cauſâ mutui*, en ayant déja été payé *ex cauſâ mandati* ; mais j'en demeure créancier, à l'effet que je puiſſe céder les droits de cette créance à mon mandant lorſqu'il le requerra, comme j'y ſuis obligé envers lui *obligatione mandati directâ*. C'eſt ce que nous apprenons de la Loi 28, ff. *mand. Papinianus ait mandatorem debitoris ſolventem ipſo jure reum non liberare ; propter enim mandatum ſuum ſolvit & ſuo nomine ; ideòque mandatori actiones putat adversùs reum cedi debere* ; quoiqu'il ne l'ait pas requiſe lors du paiement.

A ces différences près les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les cautions ou fidéjuſſeurs : quoique l'obligation *contraria mandati*, qu'ils contractent envers celui qui a prêté à quelqu'un une ſomme d'argent par leur ordre, ne ſoit pas tout-à-fait comme l'eſt un cautionnement, une pure acceſſion à l'obligation du débiteur à qui la ſomme a été prêtée par leur ordre, & qu'elle ait *propriam cauſam*, elle eſt néanmoins, ainſi que celle des cautions, acceſſoire à l'obligation de ce débiteur, & elle en dépend : elle n'eſt valable qu'autant que l'obligation de ce débiteur eſt valable ; les *mandatores*, de même que les cautions, peuvent oppoſer toutes les exceptions *in rem* que le débiteur, à qui la choſe a été prêtée par leur ordre, pourroit oppoſer ; L. 32, ff. *de fidej.* L'extinction de l'obligation de ce débiteur, de quelque maniere qu'elle ſe faſſe, ſoit par le paiement réel de la ſomme prêtée, ſoit par la compenſation, la novation, la remiſe, la confuſion, éteint l'obligation de ces *mandatores*, de même que celle des cautions. La Novelle 4, §. 1, leur a donné, de même qu'aux cautions, l'exception de diſcuſſion. Tout ce que nous avons dit de cette exception, *ſuprà*, *ſect. 6. art.* 2, s'applique aux *mandatores*, de même qu'aux fidéjuſſeurs.

Pour que quelqu'un ſoit réputé *mandator pecuniæ credendæ*, & reſponſable par conſéquent envers moi de la ſomme d'argent que j'ai prêtée à un tiers par ſon ordre, il faut que ce qu'il m'a dit ou écrit renferme un vrai mandat, par lequel il m'a chargé de prêter la ſomme à cette perſonne, avec intention de m'en indemniſer. Mais ſi dans une converſation vous ayant dit que j'avois une ſomme de mille écus à placer à conſtitution de rente, vous m'avez dit que Pierre cherchoit à prendre de l'argent à conſtitution, & que vous croyiez l'emploi bon, ces termes n'expriment pas un mandat, mais un ſimple conſeil qui ne vous fait contracter envers moi aucune obligation, ſelon cette regle de droit, *conſilii non fraudulenti nulla eſt obligatio niſi dolus intervenerit* ; L. 47, ff. *de Reg. Jur.*

Obſervez néanmoins que pour qu'un conſeil n'oblige pas celui qui l'a donné, il faut qu'il ait été donné de bonne foi : c'eſt pourquoi la Loi ajoute *niſi dolus intervenerit* ; car ſi vous aviez connoiſſance de la mauvaiſe ſituation des

affaires de Pierre, lorſque vous m'avez conſeillé de lui donner mon argent; ce ſeroit un dol de votre part, qui vous obligeroit au moins dans le for de la conſcience de m'indemniſer de ce que je perdrois par l'inſolvabilité de Pierre.

Vous pourriez même en être tenu dans le for extérieur, ſi j'avois une preuve bien évidente que vous en aviez connoiſſance. Pareillement il ne faut pas prendre pour un *mandatum credendæ pecuniæ*, ce qui n'eſt qu'une ſimple recommandation. Par exemple, ſi vous avez dit, Pierre, notre ami commun, a beſoin que vous lui prêtiez dix piſtoles, je vous le recommande; ce diſcours ne renferme pas un mandat, mais une ſimple recommandation qui n'eſt pas obligatoire; L. 12, §. 12, ff. *mandat.*

Il en ſeroit autrement ſi je vous avois dit; Pierre a beſoin de dix piſtoles; je n'ai pas pour le préſent la commodité de les lui prêter, je vous prie de lui prêter cette ſomme à ma place; c'eſt un vrai mandat.

Pour qu'un *mandator pecuniæ credendæ* ſoit obligé de vous indemniſer de l'argent que vous avez prêté à un tiers par ſon ordre, il faut que vous vous ſoyez renfermé exactement dans les termes de ſon mandat, *diligenter enim fines mandati cuſtodiendi ſunt*; L. 5, ff. *mand.* Si donc vous avez fait autre choſe que ce qui eſt porté par mon mandat; *putà*, ſi vous ayant donné ordre de prêter une certaine ſomme d'argent à Pierre, vous la lui avez donnée à conſtitution de rente, *aut vice verſâ* ſi vous ayant donné ordre de la lui donner à conſtitution de rente, vous la lui avez donnée à titre de prêt, je ne ſerai point obligé envers vous, car une conſtitution de rente & un prêt étant choſes différentes, on ne peut pas dire que vous ayez fait ce qui étoit porté par mon mandat.

Si je vous avois donné ordre de prêter une certaine ſomme à Pierre, *putà* 500 liv. & que vous lui ayiez prêté 600 livres, la ſomme de 500 liv. portée par mon mandat, étant contenue dans celle de 600 liv. que vous lui avez prêtée, ſuivant cette regle de Droit, *in eo quod plus ſit, ſemper ineſt & minùs*; L. 110, ff. *de R. J.* il eſt vrai de dire que vous avez fait ce qui étoit porté par mon mandat, & en conſéquence je ſuis obligé envers vous *obligatione mandati contrariâ* pour Pierre, juſqu'à concurrence de cette ſomme de 500 l. A l'égard des 100 liv. de ſurplus, ayant, quant à cet excédant, paſſé les bornes de mon mandat, je ne ſuis pas obligé envers vous à cet excédant.

Vice verſâ, ſi vous avez prêté à Pierre une ſomme moindre que celle portée par mon mandat, je ſuis obligé envers vous pour Pierre, car vous avez exécuté mon mandat pour partie.

Si vous avez fait ce qui étoit à la vérité porté par mon mandat, mais que vous ne l'ayiez pas fait de la maniere qui y étoit preſcrite, je ne ſerai point obligé envers vous. Par exemple, ſi l'ordre que je vous ai donné de prêter une certaine ſomme à Pierre, portoit que vous tireriez de lui des effets en nantiſſement de cette ſomme, & que vous n'en ayez point tiré; ou s'il portoit que vous lui feriez paſſer une obligation devant Notaire, à l'effet d'acquérir une hypotheque ſur ſes biens, & que vous vous ſoyez contenté de ſon billet; dans tous ces cas & autres ſemblables, je ne ſerai pas obligé envers vous, parce que vous n'avez pas ſuivi ce qui étoit porté par l'ordre que je vous ai donné; L. 7, *Cod. de fidej.*

Contrà vice versâ, ſi je vous avois donné ordre de prêter à Pierre une certaine ſomme, & de vous contenter de ſon ſimple billet, ſans exiger de lui ni gages, ni caution, & que vous lui ayez fait paſſer une obligation pardevant Notaires de la ſomme que vous lui avez pretée par mon ordre, & que vous ayez meme exigé de lui gage ou caution, je ne puis en ce cas me plaindre que vous ne vous ſoyez pas renfermé dans les termes de mon mandat; car vous avez fait ce qui y étoit renfermé, en faiſant à Pierre le prêt de la ſomme que je vous avois donné ordre de lui faire; & ce que vous avez fait de plus, ne pouvant m'être qu'avantageux, je ne puis pas m'en plaindre.

Si je vous ai donné ordre de prêter une certaine ſomme à Pierre purement & ſimplement, & qu'en la lui prêtant, vous lui ayez accordé un terme pour le paiement ou la faculté de payer quelque choſe à la place, je ne contracterai aucune obligation envers vous; car en lui accordant cela, vous avez paſſé les bornes de mon mandat: je ne me ſuis obligé *obligatione mandati contrariâ*, à vous rembourſer la ſomme que je vous ai donné ordre de lui prêter, qu'autant que vous auriez été en état de me céder, après que je vous aurois rembourſé cette ſomme, des actions contre Pierre, par leſquelles j'euſſe pu, auſſi-tôt que je l'euſſe voulu, exiger cette ſomme de Pierre, ſans qu'il pût me donner quelque choſe à la place; vous étant, par les termes & facultés que vous avez accordé à Pierre, mis hors d'état de pouvoir me céder ces actions, je ne ſuis point tenu envers vous du prêt que vous avez fait à Pierre.

Au contraire, ſi je vous avois donné ordre de prêter à Pierre une certaine ſomme, & de lui accorder un certain terme, & que vous la lui euſſiez prêtée ſans lui accorder de terme, je ſerai obligé envers vous pour cette ſomme, mais ſans que vous puiſſiez l'exiger de moi qu'après l'expiration du terme porté par mon mandat. Au reſte, je ne puis me plaindre que vous n'ayez pas accordé à Pierre le terme porté par mon mandat; car pourvu que vous ne puiſſiez exiger de moi la ſomme qu'après l'expiration de ce terme, il m'eſt indifférent que vous puiſſiez l'exiger plutôt du débiteur principal.

ARTICLE II.

De l'obligation des Commettans.

Nous verrons ſur cette matiere, 1°. en quel ſens les commettans accedent aux obligations des contrats de leurs prépoſés, & en quoi ils different des autres débiteurs acceſſoires: 2°. en quels cas il y a lieu à cette obligation des commettans: 3°. de l'effet de cette obligation: 4°. de l'obligation acceſſoire des commettans à celles qui naiſſent des délits de leurs prépoſés.

§. I.

En quel ſens les Commettans accedent aux obligations des contrats de leurs prépoſés, & en quoi ils different des autres Débiteurs acceſſoires.

447. Lorſqu'un Négociant a commis quelqu'un à une maiſon de commerce, ou au gouvernement d'un vaiſſeau marchand; & pareillement lorſ-

que des Fermiers du Roi ont prépoſé quelqu'un à la direction d'un Bureau; dans tous les engagemens que ce Prépoſé contracte, quoiqu'en ſon propre nom, pour les affaires auxquelles il eſt prépoſé, il s'oblige comme débiteur principal, & il oblige en même temps ſon commettant comme débiteur acceſſoire : car ce commettant eſt cenſé, par la commiſſion qu'il lui a donnée, avoir conſenti par avance à tous les engagemens qu'il contracteroit pour toutes les affaires auxquelles il l'a prépoſé, & s'en être rendu reſponſable.

Ces commettans ſont des débiteurs acceſſoires d'une eſpece différente des cautions & des *mandatores pecuniæ credendæ.* Ceux-ci ordinairement, en accédant à l'obligation du débiteur principal, s'obligent pour l'affaire du débiteur principal, & non pour leur propre affaire : au contraire le commettant en accédant aux contrats de ſes prépoſés, fait ſa propre affaire plutôt que celle de ſes prépoſés. Si dans le contrat du prépoſé, le prépoſé, par rapport aux engagemens qu'il y contracte, eſt regardé comme le débiteur principal, & le commettant comme un débiteur acceſſoire, ce n'eſt que parce que c'eſt avec le prépoſé que le contrat ſe paſſe ; le commettant, qui ſouvent n'a pas même connoiſſance du contrat, ne fait qu'y accéder par une adhéſion générale qu'il eſt cenſé avoir faite d'avance aux contrats que feroit ſon prépoſé, lorſqu'il l'a prépoſé à ſes affaires : mais ces contrats que fait le prépoſé ſont plutôt l'affaire du commettant que de ſon prépoſé ; & au-lieu que les fidéjuſſeurs & les *mandatores pecuniæ credendæ* doivent être indemniſés par le débiteur principal des obligations qu'ils contractent, c'eſt au contraire le commettant qui doit indemniſer ſon prépoſé.

§. II.

En quels cas y a-t-il lieu à l'obligation acceſſoire des commettans.

448. Pour qu'il y ait lieu à cette obligation acceſſoire du commettant, il faut que le prépoſé ait contracté en ſon propre nom, quoique pour les affaires du commettant : mais lorſqu'il contracte dans la qualité de facteur ou de fondé de procuration de ſon commettant, ce n'eſt pas lui qui contracte, c'eſt ſon commettant qui contracte par ſon miniſtere, *ſuprà, n.* 74 : le prépoſé en ce cas ne s'oblige pas, c'eſt le commettant ſeul, qui, par le miniſtere de ſon prépoſé, contracte une obligation principale.

Lorſque le prépoſé contracte en ſon nom, pour qu'il oblige ſon commettant, il faut que le contrat concerne les affaires auxquelles il eſt prépoſé, & que le prépoſé n'ait pas excédé les bornes de ſa commiſſion ; L. 1, §. 7 & 12, *de exerc. act.*

Tels ſont les contrats de vente & d'achat de marchandiſes, que fait un prépoſé à une maiſon de commerce, les achats que fait un Capitaine prépoſé à la conduite d'un vaiſſeau marchand, des choſes néceſſaires pour équiper ou radouber ſon vaiſſeau, *&c.*

Les emprunts des deniers faits par un prépoſé, ſont auſſi cenſés faits pour les affaires auxquelles il eſt prépoſé, & obligent en conſéquence le commettant, lorſque le contrat d'emprunt contient une déclaration de la cauſe pour

laquelle l'emprunt eſt fait, & que cette cauſe concerne effectivement les affaires auxquelles l'emprunteur eſt prépoſé.

Par exemple, ſi un prépoſé à la conduite d'un vaiſſeau marchand, après avoir eſſuyé une tempête ou un combat qui a fort maltraité ſon vaiſſeau, relâche à un port & y fait un emprunt d'une ſomme d'argent, avec déclaration que c'eſt pour radouber ſon vaiſſeau, le Négociant qui l'a prépoſé, ſera obligé à cet emprunt.

On décide même que le commettant eſt en cas obligé, quand même le prépoſé auroit diverti les deniers, & n'auroit point fait cet emploi; pourvu que la déclaration faite par le contrat d'emprunt, fût vraiſemblable, & que la ſomme empruntée n'excédât pas de beaucoup ce qui eſt néceſſaire à l'affaire pour laquelle on a déclaré devoir l'employer; L. 1, §. 8 & 9; L. 7, *princip.* & §. 1, ff. *de exerc. act.*

Les prépoſés obligent leurs commettans, tant que leur commiſſion dure; & elle eſt toujours cenſée durer, juſqu'à ce qu'ils aient été revoqués, & que la révocation ait été connue dans le public.

Quoique régulièrement tout mandat finiſſe par la mort du mandant, néanmoins l'utilité du commerce a établi que la commiſſion de ces perſonnes durât même après la mort du Négociant qui les a prépoſés, juſqu'à ce qu'ils ſoient révoqués par l'héritier ou autre ſucceſſeur; & en contractant pour les affaires auxquelles ils ſont prépoſés, ils obligent l'héritier du Négociant qui les a prépoſés, ou ſa ſucceſſion vacante, s'il n'en a point laiſſé; L. 17, §. 2 & 3, 11, ff. *inſtit. act.*

Par la même raiſon, le commis de la direction d'un Bureau de Finance, oblige les ſucceſſeurs des Fermiers qui l'ont prépoſé, tant qu'il n'eſt pas revoqué.

§. III.

De l'effet des obligations acceſſoires des commettans.

449. Cette obligation s'étend à tout ce qui renferme l'obligation du prépoſé. Elle en dépend, de même que toutes les obligations acceſſoires dépendent de l'obligation principale à laquelle elles accédent: c'eſt pourquoi cette obligation du commettant s'éteint, lorſque celle du prépoſé s'éteint, ſoit par le paiement, ſoit par la novation; L. 13, §. 1, ff. *de inſt. act.*, ou de quelqu'autre maniere que ce ſoit. Le commettant peut oppoſer toutes les exceptions *in rem* & fins de non-recevoir que peut oppoſer le prépoſé. Il ne peut pas oppoſer le vice de l'obligation de ſon prépoſé qui naîtroit de quelque incapacité perſonnelle de ce prépoſé: car le commettant qui l'a prépoſé ne peut pas arguer ſon propre fait & le choix qu'il en a fait: c'eſt pourquoi, quoiqu'un impubere en contractant ne s'oblige pas valablement, *ne quidem naturaliter* (1), ſi ce n'eſt *quatenus locupletior factus eſt*, & qu'en conſéquence,

(1) La Loi 59, ff. *de obl. & act.* le dit formellement. Je ſai néanmoins que la queſtion eſt controverſée: nous avons ſuivi le ſentiment de Cujas. *Voyez in Pand. Juſtin.* au ſcholie, après le *numéro* 17 du titre *de obl. & act.* où nous avons rapporté fort au long les rai-

des cautions ne puiſſent intervenir (1) pour lui, néanmoins lorſqu'un Marchand a prépoſé à ſon commerce un impubere, il eſt tenu *inſtitoriâ actione* des obligations qui naiſſent des marchés faits par cet impubere, ſans pouvoir oppoſer le défaut d'âge de celui qui les a fait; *pupillus inſtitor obligat eum qui eum præpoſuit inſtitoriâ actione, quoniam ſibi imputare debet qui eum præpoſuit;* L. 7, §. *fin.* ff. *de inſt. act.*

450. En ce qui concerne l'exécution de l'action *inſtitoria* qui naît de l'obligation acceſſoire des commettans, il y a quelques différences à obſerver entr'eux & les fidéjuſſeurs.

Lorſque pluſieurs Négocians ou pluſieurs Fermiers du Prince ont commis quelqu'un à leur commerce, à la conduite de leur vaiſſeau, ou à la direction d'un Bureau, ils ſont tenus ſolidairement des obligations de leur prépoſé; L. 1, §. *fin.*; & L. 2, ff. *de exerc. act.*; & ils n'ont pas le bénéfice de diviſion entr'eux, qui eſt accordé aux fidéjuſſeurs. Cela doit d'autant plus avoir lieu parmi nous, que ſelon notre Juriſprudence, les aſſociés ſont tenus ſolidairement de tous les engagemens rélatifs à leur ſociété.

451. Les fidéjuſſeurs, & même les *mandatores pecuniæ credendæ*, ont le bénéfice de diſcuſſion qui leur a été accordé par la Novelle de Juſtinien, & dont nous avons traité *ſuprà*, *ſect.* 6, *art.* 2; parce qu'ils ont contracté leur obligation plutôt pour les affaires du débiteur principal, que pour leurs propres affaires: mais l'obligation qu'un commettant contracte *ex contractu inſtitoris*, étant une obligation que ce commettant contracte pour ſes propres affaires, il n'a pas ce bénéfice de diſcuſſion, quand même il auroit déja indemniſé ſon prépoſé, & lui auroit remis des fonds pour payer; mais en ce cas le créancier doit, s'il en eſt requis lors du paiement, lui accorder la ceſſion de ſes actions.

L'Ordonnance de la Marine, *tit.* 8, *art.* 2, accorde un bénéfice particulier aux Armateurs, qui eſt de pouvoir ſe décharger des engagemens contractés par le Capitaine qu'ils ont prépoſé à la conduite de leur vaiſſeau, en abandonnant aux créanciers le bâtiment & le fret.

§. IV.

De l'obligation acceſſoire des commettans, qui naît des délits de leurs prépoſés.

453. Ce n'eſt pas ſeulement en contractant, que les prépoſés obligent leurs commettans. Quiconque a commis quelqu'un à quelque fonction, eſt reſponſable des délits & quaſi-délits que ſon prépoſé a commis dans l'exercice des fonctions auxquelles il étoit prépoſé; L. 5, §. 8, ff. *de inſt. act.*; & s'ils ſont

---

ſons ſur leſquelles ce ſentiment eſt établi, & les objections. Par obligation naturelle, nous entendons celle qui dans le for extérieur eſt reconnue comme obligation naturelle & à *juris effectus*: car nous ne diſconvenons pas qu'un impubere, *pubertati proximus*, s'il entend aſſez ce qu'il fait, puiſſe s'obliger dans le for de la conſcience.

(1) Cujas dit que la Loi 127, ff. *de verb. obl.* qui dit le contraire, doit s'entendre du cas auquel l'impubere a profité du contrat.

pluſieurs

pluſieurs qui l'ont prépoſé, ils en ſont tous tenus ſolidairement ſans aucune exception de diviſion ni de diſcuſſion. Par exemple, ſi un Commis aux Aides en faiſant ſon exercice chez un cabaretier, a maltraité ce cabaretier, ou lui a cauſé quelque dommage dans ſes effets, les Fermiers du Prince qui l'ont prépoſé, ſont reſponſables de ce délit, & obligés au paiement des dommages & intérêts auxquels leur Commis ſera condamné, ſauf leur recours contre lui; parce que le Commis a commis le délit dans ſes fonctions. Si le Commis avoit maltraité ou volé quelqu'un hors de ſes fonctions, ils n'en ſeroient pas tenus.

Cette obligation du commettant eſt une obligation acceſſoire à l'obligation principale du Commis qui a commis le délit.

Elle s'étend à tout ce que l'obligation principale renferme pour les dommages & intérêts dus à celui envers qui le délit a été commis; mais le commettant n'en eſt tenu que civilement, quoique celui qui a commis le délit en ſoit tenu par corps. Les commettans ne peuvent oppoſer contre, l'action qui en naît, ni l'exception de diviſion, ni celle de diſcuſſion; ils peuvent ſeulement requérir en payant la ceſſion des actions du créancier.

§. V.

Des Peres de famille & des Maîtres.

454. Une autre eſpece d'obligation acceſſoire, eſt celle des peres de famille qui ſont reſponſables des délits de leurs enfans mineurs, & de leurs femmes, lorſqu'ils ne les ont pas empéchés, ayant été en leur pouvoir de le faire.

Ils ſont préſumés avoir pu empécher le délit, lorſqu'il a été fait en leur préſence. Lorſqu'il a été fait en leur abſence, il faut juger par les circonſtances ſi le pere a pu empécher le délit. Par exemple, ſi un enfant a eu une querelle avec ſon camarade, & l'a bleſſé d'un coup d'épée, quoique hors de la préſence de ſon pere, le pere peut être tenu de ce délit, comme ayant pu l'empécher; ce qu'il pouvoit faire en ne permettant pas à ſon fils de porter l'épée, ſur-tout s'il étoit naturellement querelleur.

455. Ce que nous diſons des peres, s'applique aux meres, lorſqu'après la mort de leurs maris elles ont leurs enfans ſous leur puiſſance. Cela peut s'appliquer pareillement aux précepteurs, pedagogues, & à tous ceux qui ont des enfans ſous leur conduite.

456. Les maîtres ſont auſſi tenus des délits de leurs domeſtiques, lorſqu'ils ne les ont pas empéchés ayant pu le faire.

Ils ſont méme tenus de ceux qu'ils n'ont pu empécher, lorſque les domeſtiques les ont commis dans les fonctions auxquelles ils étoient prépoſés. Par exemple, ſi votre cocher en conduiſant votre carroſſe, a, par brutalité ou par impéritie, cauſé quelque dommage, vous en étes civilement reſponſable, ſauf votre recours contre lui, qui eſt le débiteur principal.

Les peres & les maîtres ne ſont pas tenus des engagemens que contractent

leurs enfans ou leurs domeſtiques en contractant, à moins qu'il ne ſoit juſtifié qu'ils les avoient prépoſés à quelque adminiſtration à laquelle ces engagemens contractés par les enfans ou domeſtiques, ont rapport.

Par exemple, s'il étoit juſtifié que j'étois dans l'uſage de payer aux Marchands les fournitures qu'ils faiſoient à ma fille, ou à ma cuiſiniere pour l'approviſionnement de ma maiſon, un Marchand ſera bien fondé à me demander le paiement de ce que madite fille ou madite domeſtique a acheté chez lui en mon nom; à moins que je ne prouvaſſe que je l'ai averti de ne plus lui en fournir, ou à moins que ce qu'il a fourni n'excédât de beaucoup ce qu'il faut pour la proviſion de ma maiſon. Faute par le Marchand de prouver cet uſage, je dois avoir congé de ſa demande, en affirmant que lorſque j'ai envoyé ma fille ou ma cuiſiniere acheter des proviſions, je lui ai donné de l'argent pour les payer; *Arrêt du Journal des Audiences, tom.* 5.

SECTION DERNIERE.

Du Pact conſtitutæ pecuniæ.

Le pact *conſtitutæ pecuniæ* eſt une eſpece d'obligation acceſſoire qui eſt ajoutée à une premiere obligation, & qui n'eſt contractée que pour la corroborer.

457. Le pact *conſtitutæ pecuniæ* chez les Romains, étoit une convention par laquelle quelqu'un aſſignoit à un créancier un certain jour ou un certain temps dans lequel il promettoit de le payer; *Diem ſolvendæ pecuniæ conſtituebat.* C'eſt ce qui réſulte des termes de l'Edit *de conſtitutâ pecuniâ.*

Le mot *pecunia* dans cet Edit, comme dans la Loi des douze Tables & dans les autres Edits des Préteurs, ſe prend pour toutes les choſes tant corporelles qu'incorporelles qui compoſent les biens des particuliers, & qui peuvent être l'objet des obligations; *Pecuniæ nomine non ſolùm numerata pecunia, ſed omnes res tam ſoli quàm mobiles & tam corpora quàm jura continentur;* L. 222, ff. *de V. S. Pecuniæ appellatione* rem *ſignificari, Proculus ait;* L. 4, ff. *d. tit.*

Selon nos uſages, le pact *conſtitutæ pecuniæ* peut ſe définir tout ſimplement, une convention par laquelle quelqu'un promet à un créancier de le payer.

458. On peut faire cette promeſſe à ſon propre créancier, ou au créancier d'un autre.

Lorſque quelqu'un par ce pact promet à ſon propre créancier de le payer, il naît une nouvelle obligation qui ne détruit pas la premiere dont il étoit déja tenu, mais qui y accede; & par cette multiplication d'obligations, le droit du créancier ſe trouve fortifié.

En cela le droit de créance perſonnelle eſt différent du droit de domaine & de propriété. Lorſque j'ai, en vertu de quelque titre, le domaine & la pleine propriété d'une certaine choſe, je ne puis plus acquérir ce domaine en vertu d'aucun autre titre, *dominium non poteſt niſi ex unâ causâ contingere;* L. 3, §. 4, ff. *de acq. poſſ.*

Au contraire, quoique je ſois déja créancier d'une choſe en vertu d'un titre,

je puis encore par la ſuite devenir créancier de la même choſe, ſoit du même débiteur qui s'obligera de nouveau de me la donner, ſoit d'autres débiteurs.

Paul, en la Loi 159, ff. *de reg. jur.* obſerve cette différence entre le droit de domaine & le droit de créance perſonnelle, *non ut ex pluribus cauſis idem nobis deberi poteſt, ita ex pluribus cauſis idem poteſt noſtrum eſſe.*

459. A quoi, dira-t-on, peut être utile au créancier la nouvelle obligation que contracte envers lui ſon débiteur par le pact *conſtitutæ pecuniæ ?* Elle lui eſt utile dans l'un & l'autre for. En ce qui concerne le for intérieur, plus les obligations du débiteur ſont multipliées, plus il y auroit d'infidélité de ſa part de ne les pas acquitter, & par conſéquent le droit qu'a le créancier d'en attendre l'exécution, eſt d'autant plus fort. A l'égard du for extérieur, lorſque l'obligation du débiteur, qui, par ce pact, avoit promis à ſon créancier de le payer, étoit une obligation purement naturelle, telles qu'étoient chez les Romains toutes celles qui n'étoient formées que par de ſimples pacts non revêtus de la ſtipulation, il eſt évident en ce cas que l'obligation que le débiteur contractoit par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, étoit très-utile au créancier, puiſqu'elle lui donnoit une action que ne lui donnoit pas la premiere. Le degré d'infidélité qu'il y a à manquer à des obligations réitérées, avoit porté le Préteur à donner une action contre le débiteur, pour le contraindre à accomplir l'obligation qui naiſſoit de ce pact : *quoniam grave eſt fidem fallere ;* L. 1, ff. *de pec. conſt.*

Lorſque l'obligation du débiteur, qui, par ce pact, avoit promis à ſon créancier de le payer, étoit une obligation civile qui lui donnoit une action, l'obligation & l'action qui naiſſent de ce pact, ne lui étoient pas à la vérité néceſſaires ; le pact n'étoit pas néanmoins inutile, & il paroît qu'on l'interpoſoit à l'égard des obligations civiles auſſi bien qu'à l'égard des obligations naturelles : *Debitum ex quâcumque causâ conſtituti poteſt, ex quocumque contractu, &c. ;* L. 1, §. 6, *& ſeqq. de conſt. pec.* Ce pact ſervoit ſur-tout à déterminer le temps dans lequel le paiement devoit ſe faire, lorſqu'on ne s'en étoit pas expliqué par le contrat ; & cette détermination ſervoit, ſelon les principes du Droit Romain, à mettre de plein droit par le ſeul laps de ce temps le débiteur en demeure, lorſqu'il n'avoit pas ſatisfait à ſon obligation ; au-lieu que lorſqu'on n'avoit déterminé aucun temps, le débiteur ne pouvoit être mis en demeure que par la litiſconteſtation.

460. Même dans le cas auquel le créancier n'auroit pas eu beſoin du pact *conſtitutæ pecuniæ*, pour fixer le temps du paiement qui ſe trouvoit déja fixé & déterminé par le contrat. Ulpien décide que le pact peut encore avoir quelque utilité : *Si is qui & jure civili & prætorio debebat in diem ſit obligatus, an conſtituendo teneatur. . . . habet utilitatem, ut ex die obligatus conſtituendo ſe eadem die ſoluturum teneatur ;* L. 3, §. 2, ff. *d. tit.*

Pour comprendre en quoi pouvoit conſiſter cette utilité, il faut faire attention que ſelon les principes de l'ancien Droit Romain, les actions dépendoient de formules embarraſſantes, dont la moindre inobſervation faiſoit décheoir le créancier de ſon droit d'action. Il étoit par conſéquent utile d'avoir pluſieurs actions pour la créance d'une même choſe, afin que ſi par défaut de forme on venoit à décheoir d'une, on pût avoir recours à l'autre : c'eſt pour-

quoi, quoique l'obligation fût une obligation civile qui donnoit une action au créancier, le pact *conſtitutæ pecuniæ* qui donnoit une nouvelle action, n'étoit pas tout-à-fait inutile.

461. Les pacts *conſtitutæ pecuniæ* qui avoient pour objet de déterminer un certain jour ou un certain terme dans lequel quelqu'un s'obligeoit envers un créancier de lui payer ce qui étoit dû, ne ſont gueres en uſage parmi nous: car cette détermination du temps dans lequel le paiement doit ſe faire, qui, ſelon les principes du Droit Romain, étoit utile au créancier pour que le débiteur fût plus facilement conſtitué en demeure, n'eſt ordinairement, ſelon les principes de notre Droit François, d'aucune utilité au créancier; puiſque ſelon les principes de notre Droit François, ſoit qu'il y ait un certain terme de paiement, ſoit qu'il n'y en ait pas, le débiteur ne peut ordinairement être conſtitué en demeure que par une interpellation judiciaire; c'eſt-à-dire, par un exploit de demande, ou lorſqu'il y a un titre exécutoire de créance par un commandement.

Nous avons néanmoins parmi nous des conventions qu'on peut auſſi appeller de pacts *conſtitutæ pecuniæ*, par leſquelles on promet à un créancier de lui payer ce qui lui eſt dû. Telles ſont celles par leſquelles les héritiers d'un débiteur paſſent un titre nouvel au créancier, & s'obligent de lui payer ce qu'ils lui doivent en leur qualité d'héritiers: la nouvelle obligation qui en réſulte & qui eſt ajoutée à celle contractée par le défunt, à laquelle ces héritiers ont ſuccédé, eſt utile au créancier, puiſqu'elle lui donne le droit d'exécution que ne lui donnoit plus celle contractée par le défunt.

Nous verrons ſur ce pact, 1°. ce qui eſt néceſſaire pour ſa validité; 2°. S'il renferme néceſſairement un terme dans lequel le paiement doit ſe faire; 3°. Si par ce pact on peut s'obliger à plus, ou à autre choſe, ou différemment que par la premiere obligation; 4°. Quelle eſt la nature de l'obligation qui naît de ce pact. Nous dirons quelque choſe dans un 5e. §., du pact par lequel on promet à un créancier de lui donner certaines sûretés.

§. I.

De ce qui eſt néceſſaire pour la validité du Pact conſtitutæ pecuniæ.

462. Il réſulte de la définition que nous avons donnée du pact *conſtitutæ pecuniæ*, qu'il ſuppoſe la préexiſtence d'une dette qu'on promet de payer à celui qui en eſt le créancier. C'eſt pourquoi, ſi par erreur je ſuis convenu avec vous de vous payer une certaine ſomme que je croyois vous être due par moi, ou par un autre, l'erreur ayant été depuis découverte, vous ne pouvez pas en exiger le paiement, le pact étant nul, faute d'une dette qui en ait été le fondement: *Hactenùs conſtitutum valebit, ſi quod conſtituitur debitum ſit;* L. 11, ff. *de conſt. pec.*

Quid, ſi je vous ai promis de payer une ſomme que j'ai déclarée vous devoir, quoique dès-lors j'euſſe connoiſſance que je ne vous la devois pas? Cette convention ne peut pas être valable comme pact *conſtitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui en doit être le fondement: elle renferme en ce cas une donation que

je vous ai voulu faire, & elle ne peut être valable, ſi elle n'eſt revêtue des formes que la Loi civile requiert pour la validité des donations.

463. Lorſque la dette qu'on a promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de payer, étoit ſuſpendue par une condition ſous laquelle elle avoit été contractée, & qui n'étoit pas encore accomplie, quoiqu'il n'y eût pas encore alors de dette, néanmoins ſi par la ſuite la condition s'accomplit, le pact ſera valable: car les conditions, lorſqu'elles ſont accomplies, ayant un effet rétroactif au temps du contrat, la dette ſera cenſée avoir exiſté dès le temps qu'elle a été contractée, & par conſéquent dès le temps du pact *conſtitutæ pecuniæ* qui n'eſt intervenu que depuis; L. 19, ff. *d. tit.*

Mais ſi la condition vient à défaillir, le pact ne ſera pas valable; il renferme néceſſairement la condition ſous laquelle la dette étoit due, quoique les parties ne s'en ſoient pas expliquées.

Quid, ſi j'avois promis expreſſément de payer même dans le cas auquel la condition viendroit à défaillir? La promeſſe de payer en ce cas ne peut pas valoir comme pact *conſtitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui y ſerve de fondement: elle renferme pour le cas de la défaillance de la condition, une donation qui ne peut être valable, ſi l'acte n'eſt revêtu des formes des donations entre-vifs.

464. Il n'importe de quelle maniere ſoit dû ce qu'on promet de payer par le pact *conſtitutæ pecuniæ*: car, de quelque maniere que vous ſoit dû ce que je promets de vous payer, ne fût-ce que par une obligation purement naturelle, ce n'eſt pas une donation que je vous fais, c'eſt un paiement que je promets de vous faire, & par conſéquent c'eſt la vraie eſpece du pact *conſtitutæ pecuniæ*.

Quid, ſi la dette étoit de celles qui ſont expreſſément reprouvées par la Loi civile, le pact *conſtitutæ pecuniæ* par lequel on ſe ſeroit obligé à la payer, ſeroit-il valable? Je penſe que ſi cette dette étoit reprouvée par la civile, non par un vice de la cauſe d'où elle étoit née, mais par une incapacité de la perſonne qui l'a contractée, à qui la Loi civile défendoit de la contracter, & que cette incapacité ne ſubſiſtât plus lors du pact, le pact ne laiſſeroit pas d'être valable.

Par exemple, lorſqu'une femme étant ſous puiſſance de mari, a emprunté une ſomme qui n'a pas tourné à ſon profit, je penſe qu'étant devenue veuve, elle peut valablement s'obliger par ce pact à la payer: car, quoique cette dette ſoit reprouvée par la Loi civile qui la déclare nulle, il ſuffit qu'elle ſoit due dans le for de la conſcience, pour que le paiement qui en ſeroit fait par cette femme, fût un vrai paiement, & non une donation: d'où il ſuit que la convention par laquelle elle a promis de la payer, ne renferme pas une donation, mais une promeſſe de payer, & par conſéquent eſt un véritable pact *conſtitutæ pecuniæ*, que cette femme a pu valablement faire, puiſqu'elle étoit alors libre & capable de s'obliger. On oppoſera que nous avons décidé *ſuprà*, *n.* 395, que cette obligation ne peut pas ſervir de fondement à un cautionnement: donc, dira-t-on, il ne peut pas, par la même raiſon, ſervir de fondement au pact *conſtitutæ pecuniæ*.

Je réponds qu'il y a une grande différence entre l'un & l'autre. Un cautionnement n'eſt qu'une ſimple adhéſion à l'obligation du débiteur principal, l'obli-

gation d'un cautionnement ne peut ſubſiſter ſeule par elle-même ; il faut qu'il y ait une obligation principale dont elle ſoit l'acceſſoire. Or, une obligation que la Loi civile reprouve & qu'elle déclare abſolument nulle, n'eſt pas ſuſceptible d'acceſſoires, & ne peut par conſéquent ſervir de matiere à un cautionnement. Le droit que j'acquiers contre vous, lorſque vous vous rendez caution envers moi pour quelqu'un, n'étant qu'une extenſion du droit que j'ai contre celui que vous cautionnez, ſi je n'en ai aucun contre lui, la Loi déclarant ſon obligation abſolument nulle, je n'en puis avoir contre vous. Il n'en eſt pas de même du pact *conſtitutæ pecuniæ*. Si l'on dit que l'obligation qui en naît eſt *acceſſoire* à l'obligation principale qu'on s'oblige par ce pact d'acquitter, on ne le dit qu'en ce ſens, qu'elle eſt ajoutée à cette obligation principale : mais on ne le dit pas dans le même ſens qu'on le dit d'un cautionnement : ce n'eſt pas une obligation qui ne ſoit, comme l'eſt un cautionnement, qu'une ſimple adhéſion à l'obligation principale ; c'eſt une obligation qui ſubſiſte par elle-même, *propriis viribus*, & même quelquefois après que l'obligation principale a ceſſé d'exiſter, comme nous le verrons *infrà* par la Loi 18, §. 1, ff. *d. tit.*

S'il eſt de l'eſſence du pact *conſtitutæ pecuniæ* qu'il préexiſte une dette, ce n'eſt que parce qu'il doit avoir pour objet un paiement, ſans quoi il renfermeroit une donation : or, pour que ce pact ne renferme pas une donation, & qu'il ait pour objet un paiement, il ſuffit que la dette qu'on promet payer par ce pact, ſoit due au moins dans le for de la conſcience, & qu'il y ait en conſéquence un juſte ſujet d'en faire le paiement, quoiqu'elle ſoit pour le for extérieur déclarée nulle par la Loi civile.

465. Obſervez néanmoins que pour que le pact *conſtitutæ pecuniæ*, pour lequel on a promis de payer quelqu'une de ces dettes que la Loi civile reprouve & déclare nulles, ſoit valable, il faut que cette dette ne ſoit pas reprouvée par un vice de la cauſe d'où elle eſt née, mais ſeulement par une incapacité civile de la contracter dans la perſonne qui l'a contractée, & que cette incapacité ne ſubſiſte plus dans cette perſonne lors du pact, par lequel elle promet de la payer ; telle qu'étoit celle dont nous venons de rapporter l'exemple. Mais ſi la dette qu'on a promis payer par le pact *conſtitutæ pecuniæ* étoit une dette que la Loi civile reprouve pour un vice de la cauſe d'où elle eſt née ; *putà*, ſi c'eſt une dette pour dépenſes faites par un domicilié au cabaret, quoiqu'elle ſoit due dans le for de la conſcience, & que le paiement qui en ſeroit fait, fût valable, néanmoins le pact par lequel on promettroit au cabaretier de la payer, ne ſeroit pas valable, & il ne ſeroit pas écouté à en demander le paiement. La raiſon eſt que le vice de la cauſe de cette dette ſubſiſte toujours : ſoit que le Cabaretier en demande le paiement, en vertu de la premiere obligation qu'a contractée celui qui a fait la dépenſe dans ſon cabaret, ſoit qu'il le demande en vertu de ce pact, c'eſt toujours la demande d'une dette de cabaret qui n'eſt pas écoutée en Juſtice.

466. Lorſque la dette n'eſt dette que ſelon la ſubtilité du Droit, telle qu'eſt celle qui réſulteroit d'une promeſſe que vous auriez extorquée ſans cauſe & par violence, dont je ne ſuis tenu, ni dans le for extérieur au moyen de l'exception par laquelle je puis m'en défendre, ni dans le for de la conſcience, elle ne peut ſervir de fondement au pact *conſtitutæ pecuniæ : Si quis conſtitue-*

rit quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id eſt, per exceptionem, an conſtituendo teneatur? Et eſt verum non teneri, quia debita juribus (1) *non eſt pecunia quæ conſtituta eſt;* L. 3, §. 1, ff. *de pec. conſt.* La raiſon eſt qu'étant de l'eſſence du pact *conſtitutæ pecuniæ*, qu'il ait pour objet le paiement d'une dette, une telle dette, dont il ne peut ſe faire un paiement valable, ne peut ſervir de fondement à ce pact : car, ou le paiement s'en fait par erreur, & il n'eſt pas valable, puiſqu'il y a lieu à la répétition de la choſe payée; L. 26, §. 3, ff. *de cond. ind.* ou le paiement s'en fait avec connoiſſance du vice de la dette, & en ce cas c'eſt plutôt une donation qu'un paiement, ſuivant cette regle : *Cujus per errorem dati conditio eſt, ejus per errorem dati donatio eſt;* L. 53, ff. *de R. J.* Or, une donation ne peut être l'objet du pact *conſtitutæ pecuniæ*, ce ne peut être que le paiement d'une dette.

467. Il eſt, à la vérité, néceſſaire, comme nous l'avons vu juſqu'à préſent, pour que le pact *conſtitutæ pecuniæ* ſoit valable, que lors de ce pact, il exiſte une dette, qu'on promette par ce pact de payer : mais il n'eſt pas de même toujours néceſſaire que la choſe qu'on promet par ce pact de payer, exiſte. Car, ſi cette choſe étoit périe par le fait ou la faute de celui qui en étoit le débiteur, ou depuis qu'il a été conſtitué en demeure, la choſe continueroit en ce cas d'être due, quoiqu'elle ait ceſſé d'exiſter, comme nous le verrons *infrà, part.* 3, *ch.* 6, *art.* 3; ce qui ſuffit pour que le pact *conſtitutæ pecuniæ* par lequel on promet de payer cette choſe, quoiqu'elle n'exiſtât plus lors du pact, ſoit valable, & oblige celui qui a fait la promeſſe, à payer le prix de cette choſe. C'eſt ce que décide Julien : *promiſſor hominis, homine mortuo quum per eum ſtaret quominùs traderetur, ſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtitutâ pecuniâ tenebitur ut pretium ejus ſolvat;* L. 23, ff. *d. tit.*

468. Pourvu que lors du pact il exiſte une dette, dont le paiement en faſſe l'objet, il n'importe pour la validité du pact, que ce ſoit le débiteur qui promette de la payer, ou que ce ſoit une autre perſonne qui promette de la payer pour lui : *& quod ego debeo tu conſtituendo, teneberis;* L. 5, §. 2, *d. tit.*

Il n'eſt pas même néceſſaire que le conſentement du débiteur intervienne, lorſqu'un autre s'oblige par ce pact de payer pour lui ce qu'il doit : on pourroit même faire ce pact malgré lui. Car de même qu'on peut payer pour quelqu'un ſans ſon conſentement, & même malgré lui; L. 52, ff. *de ſolut.* de même on peut s'obliger de payer pour quelqu'un ſans ſon conſentement, & même malgré lui. C'eſt ce qu'enſeigne Ulpien : *utrùm præſente debitore, an abſente conſtituat quis parvi refert : Hoc ampliùs etiam invito.... undè falſam putat opinionem Labeonis exiſtimantis, ſi poſtquam quis conſtituit pro alio, dominus ei denuntiet ne ſolvat, exceptionem dandam : Nec immeritò; nam cùm ſemel ſit obligatus qui conſtituit, factum debitoris, non debet eum excuſare;* L. 27, ff. *d. tit.*

Je puis, à la vérité, par le pact *conſtitutæ pecuniæ* promettre de payer ce qui eſt dû par un autre; mais il faut, pour que le pact ſoit valable, que je promette de le payer comme choſe due par celui qui en eſt effectivement le débiteur. Si je promettois de le payer, comme m'en croyant le débiteur, le pact ne ſeroit pas valable, ſi je n'étois pas le débiteur; L. 11, ff. *d. tit.*

---

(1) *Id eſt nec jure naturali, nec quoad effectum jure civili, propter exceptionem.*

469. De même qu'un paiement eſt valable, non-ſeulement lorſqu'il eſt fait au créancier, mais lorſqu'il eſt fait à un autre de ſon ordre, ou de ſon conſentement, de même ce pact eſt valable, ſoit que ce ſoit au créancier lui-même à qui on promette de payer, ſoit que ce ſoit à un autre, pourvu que ce ſoit de ſon conſentement. C'eſt ainſi qu'il faut entendre ce que dit Ulpien : *quod conſtituitur, in rem exactum eſt non utique ut is cui conſtituitur creditor ſit ; nam quod tibi debetur, ſi mihi conſtituatur, debetur ;* L. 5, §. 2 ; pourvu, comme nous venons de le dire, que ce ſoit du conſentement du créancier. Mais ſi on promettoit de payer à un autre qu'au créancier ſans ſon conſentement, le pact ne ſeroit pas valable, quand même ce ſeroit à celui à qui on eût pu valablement payer : *Titio ſtipuler ; Titio conſtitui ſuo nomine* : c'eſt ce qu'enſeigne Ulpien : *Si mihi aut non poſſe Julianus ait ; quia non habet petitionem, tametſi ei ſolvi poſſit ;* L. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II.

Si le pact conſtitutæ pecuniæ *renferme néceſſairement un terme dans lequel on promet payer.*

470. Chez les Romains, comme nous l'avons déja obſervé ci-deſſus, le pact *conſtitutæ pecuniæ* renfermoit ordinairement un certain jour ou un certain terme dans lequel on promettoit de payer. Ce mot *conſtitutum* paroiſſoit tellement renfermer l'idée d'un terme de paiement, qu'on avoit douté ſi le pact *conſtitutæ pecuniæ* pouvoit être valable, lorſqu'il n'y en avoit aucun d'exprimé. C'eſt ce que nous apprenons d'Ulpien, qui penſe néanmoins que le pact en ce cas ne laiſſe pas d'être valable, mais qu'on doit y ſous-entendre un terme au moins de huit jours ; L. 21, §. 1, ff. *d. tit.*

Cette déciſion ne doit, à mon avis, avoir lieu que lorſque les parties ne s'étoient pas plus expliquées ſur le temps du paiement par le contrat par lequel la dette avoit été contractée, que par le pact *conſtitutæ pecuniæ* par lequel on s'eſt obligé de la payer : mais ſi le contrat portoit le temps dans lequel elle devoit être payée, je penſe que les parties qui ne s'en ſont pas expliquées par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, doivent être préſumées être convenues du même temps qui eſt porté par le contrat.

Ce principe du Droit Romain, que le pact *conſtitutæ pecuniæ* doit toujours contenir un certain terme exprès ou tacite, dans lequel devra ſe faire le paiement qu'on promet par ce pact de faire, n'a pas lieu parmi nous, ſuivant ce que nous avons obſervé au commencement de cette Section.

§. III.

Si on peut par le pact conſtitutæ pecuniæ *s'obliger à plus que ce qui eſt dû, ou à autre choſe que ce qui eſt dû, ou s'y obliger d'une différente maniere.*

471. Il n'eſt pas néceſſaire pour la validité du pact *conſtitutæ pecuniæ*, que ce ſoit préciſément la même ſomme qui eſt due, qu'on promette par ce pact de

de payer ; ce peut être une ſomme moindre ; *ſi quis viginti debens, decem conſtituit ſe ſoluturum, tenebitur ;* L. 13, ff. *de pec. conſt.* Obſervez que dans ce cas, quoique le débiteur ne ſoit tenu *ex pacto conſtitutæ pecuniæ* que *in decem*, il ne laiſſe pas de demeurer débiteur de la ſomme entiere, *ex priſtinâ obligatione* ; le pact *conſtitutæ pecuniæ* ne détruiſant point la premiere obligation, & ne faiſant qu'y accéder.

472. On peut bien promettre valablement par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de payer une ſomme moindre que celle qui eſt due, mais on ne peut pas valablement promettre une plus grande ſomme ; & ſi on l'a fait, le pact ne ſera valable que juſqu'à la concurrence de la ſomme due : *v. g. Si quis centum aureos debens, ducentos conſtituat, in centum tantummodò tenetur ;* L. 11, §. 1, ff. *d. t.*

La raiſon eſt, que ce qui ſeroit donné de plus que la ſomme due, ne ſeroit pas un paiement, mais une donation : or, comme nous l'avons déja dit pluſieurs fois, le pact *conſtitutæ pecuniæ* ne peut être valable que comme promeſſe de payer, & non comme donation.

Par la même raiſon, ſi quelqu'un avoit promis par ce pact de payer avec la ſomme qu'il doit une autre choſe, le pact ne ſeroit valable que pour la ſomme : *ſi decem debeantur, & decem & Stichum conſtituat, poteſt dici decem tantummodò nomine teneri ;* L. 12.

473. Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire pour la validité du pact *conſt. pec.* qu'on s'oblige de payer préciſément la même choſe qui eſt due : on peut promettre valablement de payer une autre choſe, non pas outre celle qui eſt due, mais à ſa place ; car le paiement qui eſt fait d'une autre choſe à la place de celle qui eſt due, étant valable, lorſque le créancier y conſent, comme nous le verrons *infrà, part.* 3, *n.* 531, la convention de payer autre choſe que celle qui eſt due, doit pareillement être valable : c'eſt ce qu'enſeigne Ulpien : *An poteſt conſtitui aliud quàm quod debetur quæſitum eſt ? ſed cùm jam placet rem pro re ſolvi poſſe, nihil prohibet & aliud pro debito conſtitui* ; L. 1, §. 5, ff. *d. tit.*

474. Ce pact de payer une autre choſe que celle qui eſt due, peut ſe faire valablement, non-ſeulement par le débiteur, mais par un tiers qui promet de payer cette autre choſe pour le débiteur : car de même qu'un tiers peut valablement payer pour le débiteur une autre choſe à la place de celle qui eſt due, lorſque le créancier y conſent, il peut auſſi promettre valablement par ce pact de faire ce paiement.

En cela, ce pact eſt différent du cautionnement : car, comme nous l'avons vu *ſuprà, n.* 368, une caution ne peut valablement s'obliger à une autre choſe qu'à celle qui eſt due par le débiteur principal, *in aliam rem quàm quæ credita eſt fidejuſſor obligari non poteſt* ; L. 42, ff. *de fidej.* La raiſon de différence eſt qu'un cautionnement n'eſt qu'une ſimple adhéſion de la caution à l'obligation du débiteur principal ; elle ne peut donc avoir un objet différent. Au contraire, le pact *conſt. pec.* ſuppoſe, à la vérité, la préexiſtence d'une dette, ayant pour objet le paiement de cette dette ; mais il n'eſt pas pour cela une ſimple adhéſion à l'obligation principale : il peut avoir un objet différent de celui de l'obligation principale ; car le paiement de la dette principale, qui eſt l'objet de ce pact,

pouvant ſe faire du conſentement du créancier en une autre choſe que celle qui eſt due, on peut promettre par ce pact de payer une autre choſe que celle qui eſt due; auquel cas le pact a un autre objet que celui de l'obligation principale. Une autre preuve que le pact *conſtitutæ pecuniæ* n'eſt pas une ſimple adhéſion à l'obligation principale, eſt que l'obligation qui naît de ce pact, ſubſiſte quelquefois après que l'obligation principale eſt éteinte, comme nous le verrons au paragraphe ſuivant.

475. On peut s'obliger par ce pact différemment que par l'obligation principale. Par exemple, on peut par ce pact s'obliger de payer dans un autre lieu que celui porté par l'obligation principale : *eum qui Epheſi promiſit ſe ſoluturum, ſi conſtituit alio loco ſe ſoluturum, teneri conſtat*; L. 5, ff. *de pec. conſt.*

On peut même par ce pact, s'obliger de payer dans un terme plus court que celui porté par l'obligation principale; *ſed & ſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum, ſimiliter tenetur*; L. 4, ff. *d. tit.*

Ce pact par lequel on promet de payer dans un terme plus court, eſt valable, ſoit qu'il ſoit interpoſé par le débiteur, ſoit qu'il ſoit interpoſé par un tiers qui promet de payer pour lui, comme l'a fort bien remarqué Acurſe, en ſa Gloſe ſur cette Loi.

Cela n'eſt pas contraire au principe de Droit que nous avons rapporté *ſuprà*, n. 370 : *Illud commune eſt in univerſis qui pro aliis obligantur, quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti placuit eos omninò non obligari*; L. 8, §. 7, ff. *de fidej.*; car ce principe n'a lieu qu'à l'égard de ceux dont l'obligation n'eſt qu'une pure adhéſion à celle du débiteur principal, tels que ſont des fidéjuſſeurs : mais l'obligation qu'on contracte par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, quoiqu'elle doive avoir pour objet le paiement d'une obligation préexiſtante, n'eſt pas, comme nous l'avons déja remarqué, une pure adhéſion à cette obligation; puiſque, comme nous l'avons déja vu, on peut s'obliger par ce pact à donner une autre choſe que celle qui eſt due, pourvu que ce ſoit en paiement, & à la place de celle qui eſt due, qu'on promette de la donner. Pareillement, pourvu que le pact n'ait d'autre objet que le paiement de la dette, on peut par ce pact s'obliger plus durement à faire ce paiement, que ne s'y étoit obligé le débiteur par l'obligation principale, & par conſéquent à le faire dans un terme plus court. Acurſe obſerve fort bien ſur cette Loi, que celui qui s'oblige par ce pact qu'il appelle *Reus conſtitutæ pecuniæ*, eſt en cela différent du fidéjuſſeur.

Je ne puis approuver le ſentiment de Cujas, qui, dans ſon Commentaire ſur Paul *ad Ed.* ſur cette Loi, reprend Acurſe d'avoir diſtingué le *Reus conſtitutæ pecuniæ* du fidéjuſſeur, & ſoutient que le fidéjuſſeur peut auſſi-bien que le *Reus conſtitutæ pecuniæ* s'obliger à payer dans un plus court terme que n'y eſt obligé le débiteur principal, & qu'on ne trouvera nulle part dans les Loix qu'il ne le puiſſe pas. Je réponds qu'il ſuffit que les Loix diſent en général que les fidéjuſſeurs ne peuvent pas s'obliger *in duriorem cauſam*, pour qu'on en puiſſe conclure qu'ils ne peuvent s'obliger à payer dans un terme plus court que ne l'eſt le débiteur principal : car il eſt clair que la condition de celui qui eſt obligé à payer *hîc & nunc* & ſans terme, eſt plus dure que celle de celui qui a un terme; & il eſt vrai de dire qu'il eſt obligé à plus, puiſque le plus s'eſtime *non ſolùm quantitate*, mais *die, conditione, loco, &c.* Il y a plus, la Loi 16,

§. 5, ff. *de fidej.* décide expreſſément que ſi quelqu'un a cautionné ſous une certaine condition, un débiteur principal qui étoit obligé de payer au bout d'un certain terme, & que la condition s'accompliſſe avant le terme, la caution ne ſera pas obligée. N'eſt-ce pas dire bien expreſſément qu'une caution ne peut être obligée à payer ſans terme, lorſque le débiteur principal a un terme.

476. La Loi 8, ff. *de pec. conſt.* nous fournit un autre exemple du principe qu'on peut s'obliger différemment & plus durement par le pact *conſtitutæ pecuniæ* que par l'obligation principale. Elle décide que je puis valablement convenir par ce pact qu'on me payera à moi ſeul ce qui, par l'obligation principale, étoit payable ou à moi, ou ès mains d'une autre perſonne; ce qui ne ſe pourroit pas par un cautionnement, la condition de la caution qu'on prive de la faculté qu'a le débiteur de payer entre les mains d'une autre perſonne, étant plus dure que celle du débiteur principal; L. 34, ff. *de fidej.*

Cujas, dans le même Ouvrage *ad leg.* 10 & 13, dit que cette Loi doit être reſtreinte dans ſon cas, c'eſt-à-dire, lorſque c'eſt le débiteur lui-même qui me promet par ce pact de me payer à moi ſeul ce qui étoit payable à moi ou entre les mains d'une autre perſonne; & qu'un tiers ne pourroit pas faire ce pact, parce qu'il ne peut pas plus qu'un fidéjuſſeur s'obliger *in duriorem cauſam.* Je penſe au contraire que ce pact n'étant pas une pure adhéſion à l'obligation principale, un tiers peut par ce pact s'obliger *in duriorem cauſam*, comme nous l'avons vu ci-deſſus.

477. Il nous reſte à obſerver que dans les titres nouveaux que paſſent des héritiers par leſquels ils s'obligent au paiement de ce qui étoit dû par le défunt, ils peuvent bien, à la vérité, ſelon les principes que nous venons de rapporter, appoſer pour ce paiement des clauſes différentes que celles portées par le titre primordial: mais il faut pour cela qu'ils déclarent qu'ils entendent en cela innover au titre primordial; autrement tout ce qui ſe trouve dans les actes de différent de ce qui eſt porté par le titre primordial, eſt préſumé s'y être gliſſé par erreur, & n'eſt pas valable, la préſomption étant que l'intention de ceux qui paſſent ces actes, eſt de reconnoître & de confirmer ce qui eſt porté par le titre primordial, & non d'y rien innover; *Voyez* infrà, *n.* 778.

§. IV.

De l'effet du pact conſtitutæ pecuniæ, *& de l'obligation qui en naît.*

Premier principe.

478. Le pact *conſtitutæ pecuniæ*, qui a pour objet le paiement d'une obligation préexiſtante, ne renferme aucune novation; il produit une nouvelle obligation qui n'éteint pas la premiere, mais qui y accede.

Second Principe.

Quoique le pact *conſtitutæ pecuniæ* n'éteigne pas la premiere obligation, il y apporte quelquefois quelques changemens ou modifications; ce qui néanmoins, ſelon la ſubtilité des principes du Droit Romain, ne ſe faiſoit pas *ipſo jure*, mais *per exceptionem.*

Troisieme Principe.

Quoique l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ* accede à la premiere, elle n'eſt pas néanmoins une pure adhéſion à la premiere obligation; elle ſubſiſte par elle-même, & même quelquefois elle continue de ſubſiſter après l'extinction de la premiere.

Quatrieme Principe.

Le paiement de l'une de ces obligations éteint & acquitte les deux.

479. Le premier de nos principes n'a pas beſoin d'explication.
Le ſecond s'éclaircira par des exemples.

Premier Exemple.

Nous avons vu en l'article précédent, qu'on pouvoit par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, promettre de payer à la place de la ſomme, ou de la choſe qui eſt due, une autre choſe que celle qui eſt due. Suppoſons que mon débiteur d'une ſomme de trente piſtoles, m'a promis de me donner à la Touſſaint ſix poinçons du vin de ſa récolte, en paiement de la ſomme de trente piſtoles qu'il me doit; ce pact ne détruit point la premiere obligation. Je puis en vertu de la premiere obligation demander à mon débiteur les trente piſtoles, & ma demande procede *ipſo jure*; mais comme par le pact, je ſuis convenu qu'il pourroit me payer, à la place de cette ſomme, ſix pieces du vin qu'il auroit recueilli, il peut *per exceptionem pacti*, en offrant leſdites ſix pieces de vin, demander à être renvoyé de ma demande des trente piſtoles. Au moyen de cette exception qu'il peut m'oppoſer, ſa premiere obligation qui étoit une pure obligation pure & ſimple de me payer préciſément la ſomme de trente piſtoles, reçoit par le pact une modification, & devient une obligation de trente piſtoles, avec la faculté de payer les ſix pieces de vin à la place.

Le créancier étant créancier des trente piſtoles, en vertu de la premiere obligation, & créancier des ſix pieces de vin, en vertu de celle qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ*, il peut, ſi bon lui ſemble, intenter l'action qui naît du pact & demander les ſix pieces de vin: mais ſi le débiteur aimoit mieux payer les trente piſtoles, il pourroit en offrant le paiement des trente piſtoles faire ceſſer la demande des ſix pieces de vin; parce que, ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement des trente piſtoles qui acquitte la premiere obligation, acquitte les deux.

Second Exemple.

480. Si étant votre débiteur d'une ſomme qui étoit payable à vous ſeul en votre domicile, je vous ai promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de la payer ou entre vos mains, ou entre celles de votre correſpondant, dans un lieu moins éloigné, ce pact apporte en ma faveur une modification à mon obligation, en ce qu'au lieu que j'étois obligé préciſément de payer entre vos mains & au lieu de votre domicile, j'acquiers par ce pact la faculté de pouvoir payer entre les mains de cotre correſpondant, & dans un lieu qui m'eſt plus commode; ce

qui ne ſe faiſoit néanmoins ſelon la ſubtilité du Droit Romain que *per exceptionem. Si quis pecuniam conſtituerit* tibi aut Titio ; *etſi ſtricto jure priori* (1) *actione, pecuniæ conſtitutæ manet obligatus, etiamſi Titio ſolverit, tamen per exceptionem adjuvatur* ; L. 30, ff. *de pec. conſt.*

Troisieme Exemple.

481. Lorſque par le pact *conſtitutæ pecuniæ* mon débiteur a promis de me payer dans un certain terme la ſomme qu'il me devoit ſans terme, ou dans un terme plus court, ce pact apporte une modification à ſa premiere obligation, & la rend payable au terme porté par ce pact : car je ſuis cenſé lui avoir accordé par ce pact le terme dans lequel il a promis de me payer ; ce qui doit me rendre non-recevable à le demander plutôt, même par l'action qui naît de la premiere obligation.

Il en ſeroit autrement ſi c'étoit un tiers qui m'eût promis de payer pour vous dans un certain terme, ce que vous me devez ſans terme ou dans un terme plus court. Ce pact ne fait aucun changement à votre obligation, & ne m'empêche pas de vous demander avant le terme porté par ce pact ce que vous me devez ; car ce n'eſt pas à vous à qui j'ai accordé le terme porté par ce pact où vous n'étiez pas partie.

482. Il y a néanmoins des cas auxquels vous pouvez profiter indirectement du pact par lequel un tiers a promis de payer pour vous : tel eſt le cas auquel le tiers auroit promis de payer pour vous une certaine ſomme à la place de la choſe que vous devez. Vous acquérez indirectement par ce pact, quoique vous n'y ſoyez pas partie, la faculté de vous libérer de votre obligation par le paiement de cette ſomme : car étant permis à toutes perſonnes de faire au nom du débiteur le paiement de ce qui eſt dû par un autre, lorſqu'elles ont quelqu'intérêt à faire ce paiement, il ſuffit que vous ayez intérêt au paiement de la ſomme que le tiers s'eſt obligé par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de payer à la place de la choſe que vous devez, pour que vous deviez être reçu à faire au nom de ce tiers le paiement de cette ſomme ; & en la payant pour ce tiers & l'acquittant de ſon obligation, vous vous acquittez auſſi de la vôtre : car ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement de l'une des obligations éteint les deux.

Par la même raiſon, ſi un tiers a promis par ce pact de payer dans un autre lieu que celui ou le débiteur étoit obligé de payer ; ou s'il a promis de payer au créancier, ou entre les mains d'une autre perſonne, ce que le débiteur ne pouvoit payer qu'entre les mains du créancier, le débiteur peut profiter indirectement de ce pact, en faiſant au nom de ce tiers le paiement au lieu ou il lui eſt permis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de le faire, & entre

(1) Cujas a ſubſtitué ce mot *priori* au mot *propriâ*, qui n'a pas de ſens : au moyen de cette correction, le ſens de ce texte eſt clair. Quoique le débiteur qui a payé entre les mains de Titius, demeure toujours *ſtricto jure* débiteur de la premiere obligation, qui n'eſt payable qu'entre les mains du créancier, néanmoins ce paiement le décharge *per exceptionem dolo aut pacti*, parce qu'il peut oppoſer au créancier, qu'il l'a fait en vertu de la permiſſion qu'il lui en a accordée par le pact.

les mains de la perſonne à laquelle il lui eſt permis de payer; & en faiſant ce paiement pour ce tiers, vous vous acquittez de votre obligation par laquelle vous étiez tenu de payer préciſément entre les mains du créancier, ou dans un autre lieu : car ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement de l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ*, éteint la premiere; *& vice versâ.*

483. Nous avons rapporté des exemples des changemens & modifications que la premiere obligation pouvoit recevoir par le pact *conſtitutæ pecuniæ* au profit du débiteur : elle en peut recevoir auſſi au profit du créancier.

En voici un exemple : lorſque celui qui m'étoit débiteur d'une ſomme payable à moi, ou entre les mains d'une autre perſonne, me promet par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de me la payer à moi-même, la premiere obligation reçoit par ce pact un changement au profit du créancier : car au-lieu que c'étoit une obligation avec la faculté de payer entre les mains d'une autre perſonne, elle devient par ce pact une obligation qui n'eſt plus payable qu'à moi-même. *Si (mihi aut Titio dare obligatus) poſteà quàm ſoli mihi te ſoluturum conſtituiſti, ſolveris Titio, nihilominus mihi teneberis;* L. 8, ff. *de conſt. pecun.;* car par ce pact, vous êtes cenſé avoir renoncé à la faculté que vous vous étiez réſervée par votre premiere obligation de payer entre les mains de Titius : c'eſt pourquoi le paiement que vous lui avez fait n'eſt pas valable.

Il en ſeroit autrement ſi c'étoit un tiers qui m'eût promis de me faire ce paiement pour vous; car ce pact où vous n'étiez pas partie, n'a pu vous ôter la faculté que vous aviez de payer entre les mains de Titius.

484. Voici un cas où le pact *conſtitutæ pecuniæ* apporte des changemens à la premiere obligation, tant de la part du créancier que de celui du débiteur : c'eſt lorſque celui qui m'étoit débiteur de deux choſes ſous une alternative m'a promis de me payer déterminément l'une des deux. Ce pact apporte par rapport au créancier, un changement à la premiere obligation, en ce que, la déterminant, d'alternative qu'elle étoit, à la choſe qu'il a promis de payer, elle donne au créancier le droit d'exiger cette choſe déterminément, ſans que le débiteur puiſſe avoir dorénavant le choix de payer l'autre : c'eſt ce qu'enſeigne Papinien : *Illud aut illud debuit, & conſtituit alterum; an vel alterum quod non conſtituit ſolvere poſſit, quæſitum eſt? Dixi, non eſſe audiendum, ſi velit hodie fidem conſtitutæ rei frangere;* L. 25, ff. *d. tit.*

La premiere obligation reçoit auſſi en ce cas un changement par rapport au débiteur : car étant par ce pact déterminée à la ſeule choſe que le débiteur a promis de payer, le débiteur pourra acquérir la libération de ſon obligation par l'extinction de cette choſe ſurvenue ſans ſa faute avant ſa demeure; au-lieu qu'auparavant ce pact, ſon obligation n'auroit pu s'éteindre que par l'extinction des deux choſes.

485. Notre troiſieme principe, que l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ* n'eſt pas une pure adhéſion à la premiere, réſulte aſſez de ce que nous avons dit dans les articles précédens : qu'elle pourroit avoir un objet différent; comme lorſqu'on promet par ce pact de payer une autre choſe à la place de celle qui eſt due par la premiere obligation.

Cela réſulte auſſi de ce qu'elle peut être contractée ſous des conditions

plus dures; comme lorſqu'on promet de payer dans un terme plus court que celui porté par la premiere obligation, *ſuprà*, *n.* 475.

Ce qui prouve encore plus évidemment que l'obligation qui naît du pact, n'eſt pas une ſimple adhéſion à la premiere obligation qu'on s'eſt obligé par ce pact de payer, & qu'elle ſubſiſte par elle-même, c'eſt qu'elle peut continuer de ſubſiſter après l'extinction de cette premiere obligation.

C'eſt ce qu'enſeigne Ulpien : *Si quid debitum tunc fuit quum conſtitueretur, nunc non ſit, nihilominus tenet conſtitutum ; quia retrorſum ſe actio refert : proinde temporali actione obligatum, conſtituendo Celſus & Julianus teneri debere, licet poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit. Quare etſi poſt tempus obligationis ſe ſoluturum conſtituit, adhuc idem Julianus petat, quoniam eo tempore conſtituit quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur ;* L. 18, §. 1, ff. *de pec. conſt.*

La Gloſſe apporte pour exemple de cette déciſion, le cas auquel un vendeur auroit, par un pact *conſtitutæ pecuniæ*, promis à l'acheteur de lui payer une certaine ſomme pour le dédommagement d'un vice de la choſe vendue, dont il étoit tenu envers lui *actione æſtimatoriâ*. Suivant la déciſion de cette Loi, l'obligation qui naît de ce pact de payer cette ſomme, dure même après le temps de ſix mois que duroit l'action *æſtimatoria* ; & on auroit même pu par le pact aſſigner pour le paiement de la ſomme, un jour qui n'auroit dû arriver qu'après l'expiration du terme de ſix mois de l'action *æſtimatoria*.

Dans l'exemple qu'apporte la Gloſſe, on peut dire que quoique l'action *æſtimatoria* ſoit éteinte par l'expiration du temps de ſix mois, il reſte néanmoins après ce temps une obligation naturelle de dédommager l'acheteur, laquelle peut être la matiere du paiement que le vendeur a promis faire par le pact *conſtitutæ pecuniæ*.

Quid, ſi la dette pour le paiement de laquelle eſt intervenu le pact *conſtitutæ pecuniæ*, & qui exiſtoit au temps dudit pact, a été depuis éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif, de maniere qu'il ne ſubſiſte plus aucune obligation ni naturelle ni civile, l'obligation contractée par le pact *conſtitutæ pecuniæ* pour le paiement de cette dette, continuera-t-elle de ſubſiſter ? Oui. C'eſt ce que décide Paul en la Loi 19, §. 2, ff. *de pec. conſt.* où il dit que ſi un pere, débiteur de la ſomme qui ſe trouvoit alors dans le pécule de ſon fils envers le créancier de ſon fils, lui a promis par ce pact de lui payer cette ſomme, il continue de la devoir en vertu de ce pact, quoique ne ſe trouvant plus rien dans le pécule de ſon fils, l'obligation *de peculio* dont il étoit tenu, & en paiement de laquelle il a promis de payer cette ſomme, ſoit éteinte ; *licet interierit peculium, non tamen liberatur.*

Voici d'autres exemples plus conformes à nos uſages.

Finge : je me ſuis rendu caution envers vous pour Pierre, pour une ſomme de mille livres qu'il vous devoit, à la charge que l'obligation de mon cautionnement ne dureroit que pendant le temps de deux ans, au bout duquel j'en ſerois déchargé. Avant l'expiration des deux ans, & par conſéquent pendant que mon obligation ſubſiſtoit, Jacques vous a promis de vous payer pour moi cette ſomme ; il vous a même aſſigné pour le paiement de cette ſomme, un terme qui tombe après le temps de deux ans : Jacques après

l'expiration des deux ans, ſera-t-il obligé par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de vous payer ? La raiſon de douter eſt, que ne m'étant obligé qu'à la charge que mon obligation ne dureroit que deux ans, & que j'en ſerois déchargé après ce temps, il ne ſubſiſte plus en ma perſonne de dette ni naturelle ni civile, qui puiſſe ſervir de matiere au paiement qu'il a promis de faire pour moi. La raiſon de décider, que quoique ma dette, en paiement de laquelle Jacques a promis de vous donner la ſomme de mille livres, ſoit éteinte, l'obligation de Jacques continue de ſubſiſter, eſt que c'eſt au temps qu'eſt interpoſé le pact *conſtitutæ pecuniæ* qu'il faut conſidérer ſi la dette, pour le paiement de laquelle il eſt interpoſé exiſtoit. Si au temps qu'il a été interpoſé, je vous devois véritablement la ſomme de mille livres, en paiement de laquelle Jacques vous a promis de vous payer mille livres, le pact a été valablement interpoſé : Jacques a valablement contracté l'obligation de vous payer cette ſomme. Il n'importe que depuis ma dette ait été éteinte ; celle qu'il a contractée ſubſiſte : *ſi quid debitum tunc fuit quum conſtitueretur, nunc non ſit, tenet conſtitutum ;* QUIA RETRORSUM SE ACTIO REFERT. On objectera : il s'eſt obligé de payer ma dette ; il ne peut plus la payer lorſqu'elle eſt éteinte ; ſon obligation ne peut donc plus ſubſiſter ; elle eſt réduite à quelque choſe d'impoſſible. Je réponds que c'eſt à la vérité en paiement de ma dette qu'il s'eſt obligé de vous payer mille livres, & il étoit néceſſaire pour cela que je vous les duſſe alors ; mais après qu'il en a contracté l'obligation, le paiement qu'il doit faire & qu'il fait de cette ſomme, eſt le paiement de ſa propre dette : ce n'eſt qu'indirectement que ce ſeroit auſſi le paiement de la mienne, ſi elle ſubſiſtoit encore.

Voici un autre exemple. Un tiers s'eſt obligé de vous payer pour moi trente piſtoles à la place d'un certain cheval que je vous devois, quoique depuis mon obligation ait été éteinte par la mort du cheval, celle de ce tiers doit ſubſiſter.

Ce cas eſt bien différent de celui d'une perſonne qui ſeroit débiteur d'un certain cheval, ſi mieux il n'aimoit donner trente piſtoles à la place. En ce cas, la mort du cheval le libere entiérement de ſon obligation, parce qu'en ce cas il n'y a que le cheval de dû, les trente piſtoles ne ſont qu'*in facultate ſolutionis*. Mais dans notre cas, le tiers étoit véritablement débiteur des trente piſtoles ; ce n'étoit pas même du cheval, ce n'étoit que de cette ſomme dont il étoit débiteur : c'eſt pourquoi la mort du cheval qui éteint mon obligation, n'éteint pas la ſienne.

486. L'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ* peut bien continuer après l'extinction de l'obligation principale, pour le paiement de laquelle le pact a été interpoſé : mais il faut pour cela, comme nous l'avons déja obſervé, qu'elle ait été éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif ; car ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement de l'une des deux obligations, ſoit de l'obligation principale, ſoit de celle du pact, éteint les deux.

487. La raiſon de ce quatrieme principe eſt évidente : ce qui eſt promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* étant promis en paiement de l'obligation principale, cette promeſſe, lorſqu'elle eſt effectuée par le paiement qui eſt fait, renferme

renferme un paiement de l'obligation principale : le paiement de ce qui a été promis par le pact, eſt donc un paiement des deux obligations, & les éteint par conſéquent l'une & l'autre.

Vice versâ, le paiement de l'obligation principale éteint celle du pact, en rendant le créancier non-recevable à en demander le paiement : car ce qui lui a été promis par ce pact, ne lui ayant été promis & ne lui étant dû que pour le payer de l'obligation principale, ſi après avoir été payé d'ailleurs de l'obligation principale, il ſe faiſoit payer encore de ce qui lui a été promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, il ſe feroit payer deux fois de l'obligation principale, ce que la bonne foi ne permet pas ; *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur ;* L. 57, ff. *de R. J.* On ne peut pas ſe faire payer deux fois d'une même dette.

488. Ce principe que le paiement de l'une des deux obligations éteint les deux, eſt vrai, non-ſeulement à l'égard du paiement réel : il l'eſt pareillement à l'égard des paiemens fictifs, tels que ſont la compenſation, la novation & même la remiſe. Le créancier acquérant par la compenſation de pareille ſomme qu'il devoit, la libération de cette ſomme, ſe trouve par cette libération payé de celle qui lui étoit due : le créancier dans le cas de la novation ſe trouve payé de la dette dont il a fait novation par la nouvelle qui eſt contractée envers lui : il ne peut donc dans ces cas demander à être payé de ce qui lui a été promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, puiſque ce ſeroit demander à être payé deux fois.

Il en eſt de même du cas de la remiſe ; car quoique dans ce cas il n'ait rien reçu, il ſuffit que par cette remiſe il ſe ſoit tenu pour payé de l'obligation principale, pour qu'il ne puiſſe être recevable à demander à en être payé une ſeconde fois.

489. Notre principe, que le paiement de l'une des deux obligations éteint les deux, a lieu lorſque ce qui a été promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, a été promis pour le paiement de tout ce qui étoit dû par l'obligation principale. Lorſqu'on n'a promis d'en payer qu'une partie, le paiement de ce qui a été promis par le pact, n'éteint l'obligation principale que pour cette partie. Par exemple, ſi étant votre débiteur de vingt piſtoles, j'ai promis, ou un autre a promis d'en payer quinze dans un certain temps, le paiement des quinze piſtoles promiſes par le pact, n'éteindra l'obligation principale que juſqu'à concurrence de quinze piſtoles.

490. Il nous reſte à obſerver à l'égard de l'obligation *conſtitutæ pecuniæ*, que, ſuivant la Loi 16, ff. *de pec. conſt.* lorſque deux perſonnes ont promis de payer ce qui eſt dû par un tiers, elles en ſont tenues chacune ſolidairement ; en quoi elles reſſemblent aux fidéjuſſeurs, *ſuprà*, *n.* 415 : mais elles ont de même que les fidéjuſſeurs l'exception de diviſion, lorſqu'elles ſont ſolvables ; L. *fin. Cod. de pec. conſtit.*

Haloander a penſé que ceux qui ont promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, de payer ce qui eſt dû par un tiers, ont auſſi, de même que les fidéjuſſeurs, l'exception de diſcuſſion, lorſqu'ils ſont pourſuivis pour avoir manqué de payer au jour nommé ; & qu'ils ſont compris dans la diſpoſition de la No-

velle 4, *chap.* 1, ſous le terme αντιφωνητης qu'il traduit par *conſtitutæ pecuniæ reus.*

§. V.

De l'eſpece de pact par lequel on promet au créancier de lui donner certaines ſuretés.

491. C'eſt une eſpece de pact *conſtitutæ pecuniæ*, lorſqu'on promet au créancier, non de le payer, mais de lui donner dans un certain terme certaines ſûretés, comme gage, hypotheque, caution : *Si quis conſtituerit ſe pignus daturum, debet hoc conſtitutum admitti ;* L. 14, §. 1, ff. *de pec. conſt.*

L'effet de ce pact, eſt que celui qui a promis par ce pact de donner certaines ſûretés, peut, faute par lui de les donner, être contraint au paiement de la dette, même avant le terme dans lequel elle eſt payable ; & ſi c'eſt une rente, il peut être contraint au rembourſement du principal.

492. Celui qui a promis par ce pact de donner pour caution une certaine perſonne, eſt déchargé de ſon obligation, ſi avant que d'y avoir ſatisfait, & d'avoir été en demeure d'y ſatisfaire, la perſonne qu'il a promis de donner pour caution, vient à mourir ; *d.* L. 14, §. 2. La raiſon eſt que ſon obligation devient impoſſible par la mort de cette perſonne, qui ne peut plus ſe rendre caution.

Il en ſeroit autrement ſi la perſonne qu'il a promis de donner pour caution, refuſoit de ſubir le cautionnement : *Si nolit fidejubere, puto teneri eum qui conſtituit, niſi aliud actum eſt, d.* §. La raiſon eſt que pour que mon obligation ſoit valable, il ſuffit que le cautionnement de cette perſonne que j'ai promis, ſoit un fait poſſible en ſoi, quoiqu'il ne me ſoit pas poſſible par le refus que fait cette perſonne de ſubir le cautionnement : c'eſt ma faute d'avoir promis ce que je ne pouvois pas tenir. Cela eſt conforme aux principes établis au *n.* 136.

TROISIEME PARTIE.

Des manieres dont s'éteignent les Obligations, & des différentes fins de non-recevoir, ou preſcription contre les Créances.

493. LES obligations peuvent s'éteindre de différentes manieres, ou par le paiement réel, ou par la conſignation, ou par la compenſation, ou par la confuſion, ou par la novation, ou par la remiſe de la dette, ou par l'extinction de la choſe due.

Celles qui ont été contractées ſous quelque condition réſolutoire, s'éteignent par l'exiſtence de cette condition; quelques-unes par la mort du débiteur ou du créancier.

Nous traiterons de ces différentes manieres ſéparément dans ſept Chapitres. Nous en ajouterons un huitieme, dans lequel nous traiterons des fins de non-recevoir, ou preſcriptions contre les créances.

CHAPITRE PREMIER.

Du Paiement réel, & de la Conſignation.

494. LE paiement réel eſt l'accompliſſement réel de ce qu'on s'eſt obligé de donner ou de faire.

Lorſque l'obligation eſt de faire quelque choſe, le paiement réel de cette obligation conſiſte à faire la choſe qu'on s'eſt obligé de faire.

Lorſque l'obligation eſt de donner quelque choſe, le paiement eſt la donation & tranſlation de la propriété de cette choſe.

Il eſt évident que celui qui a accompli ſon obligation, en eſt quitte & libéré: d'où il ſuit que le paiement réel, qui n'eſt autre choſe que l'accompliſſement de l'obligation, eſt la maniere la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre.

Nous verrons dans les deux premiers articles de ce Chapitre, par qui & à qui le paiement doit ſe faire. Dans le troiſieme, quelle choſe doit etre payée, comment & en quel état. Dans les quatrieme & cinquieme, quand le paiement doit ſe faire, ou, & aux dépens de qui. Nous traiterons dans le ſixieme de l'effet des paiemens. Le ſeptieme contiendra les regles ſur les imputations. Enfin dans le huitieme nous traiterons de la conſignation & des offres de paiement.

ARTICLE PREMIER.

Par qui le paiement doit-il être fait.

495. Lorſque l'obligation eſt de donner quelque choſe, le paiement conſiſtant, comme nous l'avons dit, dans la dation ou tranſlation de la propriété de la choſe, il ſuit de-là que pour que le paiement ſoit valable, il faut qu'il ait été fait par une perſonne capable de transférer la propriété de la choſe qu'il a payée.

De-là il ſuit que le paiement n'eſt pas valable, s'il n'eſt fait par le propriétaire de la choſe qui a été payée, ou de ſon conſentement : car autrement celui qui paie ne peut transférer au créancier à qui il fait le paiement, la propriété de la choſe : *nemo plus juris in alium tranſferre poteſt quàm ipſe habet ;* L. 54, ff. *de reg. juris.*

Suivant ce principe, quoique la dette du défunt fût d'une choſe due déterminément, l'un des héritiers du défunt qui paie cette choſe au créancier ſans le conſentement de ſes cohéritiers, ne la paie valablement que pour ſa part, ſelon la ſubtilité du Droit, n'étant pas propriétaire des autres parts qui appartiennent à ſes cohéritiers : mais quant à l'effet, ce paiement eſt valable, à moins que la choſe ne fût due, ſous l'alternative d'une autre choſe, ou avec la faculté de payer une autre choſe à la place : autrement les cohéritiers ſont obligés à ratifier ce paiement, qu'ils ſeroient obligés de faire eux-mêmes s'il n'étoit pas fait : *quod utiliter geſtum eſt, neceſſe eſt apud judicem pro rato haberi ;* L. 9, ff. *de neg. geſt. Molin. tract. de div. & ind. p.* 2, *n.* 166 *&* 169.

Si la dette ne conſiſtoit pas *in dando*, mais dans la ſimple reſtitution d'une choſe dont le défunt n'avoit qu'une nue détention, *putâ*, qui lui auroit été prêtée ou dépoſée, la reſtitution qu'en feroit l'un de héritiers pardevers qui la choſe ſe trouveroit, ſeroit un paiement valable, même *ipſo jure*, ſans le conſentement des autres héritiers : car ces cohéritiers n'ayant aucun droit dans cette choſe, ni aucun intérêt d'en empêcher la reſtitution, leur conſentement eſt ſuperflu ; *Molin. ibid.*

496. De même que le paiement n'eſt pas valable, lorſque celui qui a payé une choſe n'en étoit pas le propriétaire, de même il ne l'eſt pas, ſi, quoiqu'il en fût propriétaire, il étoit par quelque défaut perſonnel, incapable de l'aliéner.

Par cette raiſon, le paiement n'eſt pas valable, lorſqu'il eſt fait par une femme ſous puiſſance de mari non autoriſée, par un mineur étant ſous puiſſance de tuteur, par un interdit ; L. 14, §. *fin.* ff. *de ſolut.*

497. Lorſque le paiement fait par une perſonne qui n'étoit pas propriétaire, ou qui étoit incapable d'aliéner, eſt d'une ſomme d'argent, ou autre choſe qui ſe conſume, la conſommation qu'en fait de bonne foi le créancier, valide le paiement qui en eſt fait ; *d.* §. La raiſon eſt, que la conſommation qu'il a faite de bonne foi de la ſomme d'argent, ou autre pareille choſe qui lui a été payée, équipolle à la tranſlation de la propriété de cette choſe. En

effet la tranſlation de propriété n'auroit rien donné de plus au créancier : il a uſé de cette choſe, & l'a conſommée, comme il eût fait ſi la propriété lui en eût été transférée : il n'eſt pas plus ſujet à la répétition de la ſomme d'argent, ou autre choſe qu'il a conſommée de bonne foi, que s'il en eût été fait le vrai propriétaire ; puiſque cette choſe, qui a ceſſé d'être pardevers lui ſans aucune malice de ſa part, ne peut plus être revendiquée contre lui ; la revendication ne pouvant jamais avoir lieu que contre le poſſeſſeur, ou celui qui a ceſſé malicieuſement de poſſéder.

498. Quoique le paiement de la choſe, dont la propriété n'a pas été transférée au créancier, ne ſoit pas valable, néanmoins tant qu'il l'a entre ſes mains, il n'eſt pas recevable à demander à ſon débiteur ce qui lui eſt dû ; il faut que la choſe lui ait été évincée, ou qu'il offre de la rendre au débiteur ; L. 94, ff. *de ſolut.*

499. Pour que le paiement ſoit valable, il n'eſt pas néceſſaire que ce ſoit le débiteur, ou quelqu'un qui ait charge de lui, qui paie ; quelque perſonne que ce ſoit qui faſſe le paiement, quand même elle n'auroit aucun pouvoir du débiteur, quand même elle feroit ce paiement malgré lui, pourvu qu'elle le faſſe au nom & en acquit du débiteur, & qu'elle ſoit capable de transférer la propriété de la choſe qu'elle paie, le paiement eſt valable, opere l'extinction de l'obligation, & libere même malgré lui le débiteur. C'eſt ce que décide Gaïus en la Loi 53, ff. *de ſolut. ; Solvere pro invito & ignorante cuique licet, cùm ſit jure civili conſtitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* La Loi 23 contient la même déciſion. La Loi 40, ff. *d. tit.*, & la Loi 39, ff. *de neg. geſt.* décident la même choſe.

Si le paiement n'étoit pas fait au nom du véritable débiteur, il ne ſeroit pas valable : comme ſi quelqu'un me paie en ſon nom une ſomme d'argent, croyant en être le débiteur, quoiqu'elle ne ſoit pas due par lui, mais par un autre : ce paiement n'éteint point l'obligation du véritable débiteur, & je ſuis obligé à rendre la ſomme à celui qui me l'a payée par erreur.

Cette déciſion a lieu quant à la ſubtilité du Droit, même au cas auquel vous m'auriez payé en votre nom, une ſomme que vous ne me deviez pas, des deniers & par ordre de celui qui me la devoit véritablement. Mais ſi je demandois le paiement de cette ſomme à mon véritable débiteur, il pourroit s'en défendre en vous appellant en cauſe, & en faiſant prononcer avec vous, que cette ſomme, que vous avez mal-à-propos payée en votre nom de ſes deniers, me demeureroit en paiement de ce qu'il me doit, & qu'il ſeroit en conſéquence quitte & déchargé de ma demande. Si c'étoit vous qui donnaſſiez contre moi la demande en répétition de cette ſomme que vous avez payée, comme me l'ayant payée ſans la devoir, je pourrois être renvoyé de votre demande, en faiſant intervenir mon débiteur, qui feroit ordonner que cette ſomme vous ayant été fournie par lui, pour me la payer en ſon nom, me demeureroit en acquit de ſa dette.

Quoique le paiement d'une ſomme, ou choſe qui m'étoit due, ne ſeroit pas valable, lorſque celui qui ne me la devoit pas, me l'a payée en ſon propre nom, néanmoins ſi par la ſuite il en eſt devenu lui-même débiteur, le paiement eſt rendu par-là valable, ſi ce n'eſt *ipſo jure*, au moins *per exceptionem doli* ; L. 25, ff. *de ſolut.*

500. Le principe que nous avons établi, que le paiement eſt valable par quelque perſonne qu'il ſoit fait, pourvu qu'il ſoit fait au nom du débiteur, ne ſouffre pas de difficulté, lorſqu'il a été fait effectivement, & que le créancier a bien voulu le recevoir. La queſtion de ſçavoir, ſi un étranger qui n'a ni pouvoir, ni qualité pour gérer les affaires du débiteur, ni intérêt à l'acquittement de la dette, peut obliger le créancier à recevoir le paiement qu'il lui offre au nom de ſon débiteur, eſt une queſtion qui ſouffre plus de difficulté. Les loix ci-deſſus citées ne décident pas cette queſtion; elles diſent bien que le paiement fait par quelque perſonne que ce ſoit, au nom du débiteur, libere le débiteur; mais elles ne décident pas ſi le créancier peut être obligé ou non à recevoir le paiement. Il faut chercher la déciſion de cette queſtion dans la Loi 72, §. 2, ff. *de ſolut.* Elle décide que les offres faites au créancier par quelque perſonne que ce ſoit, au nom & à l'inſçu du débiteur, de recevoir le paiement de ſa dette, conſtituent le créancier en demeure. L'Ordonnance de 1673, *t.* 5, *art.* 3, veut auſſi qu'en cas de protêt, les lettres de change puiſſent être acquittées par quelque perſonne que ce ſoit. De ces textes on doit tirer cette regle, que les offres faites au créancier par quelque perſonne que ce ſoit, au nom du débiteur, de recevoir le paiement de ce qui lui eſt dû, ſont valables, & conſtituent le créancier en demeure, lorſque le débiteur a intérêt à ce paiement; comme lorſque ces offres ſont faites pour arrêter les pourſuites que ce créancier auroit commencées, ou lorſqu'elles ſont faites pour arrêter le cours des intérêts, ou pour éteindre les hypotheques. Mais ſi le paiement offert ne procuroit aucun avantage au débiteur, & n'avoit d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devroient pas être écoutées; *Voyez Molin. tr. de uſur. q.* 45.

Le principe que le paiement doit être fait pour le débiteur, par quelque perſonne que ce ſoit, eſt vrai à l'égard des obligations de donner quelque choſe. La raiſon eſt qu'il n'importe jamais au créancier, par qui la choſe qui lui eſt due, lui ſoit donnée, pourvu qu'elle lui ſoit effectivement donnée.

A l'égard des obligations de faire quelque choſe, notre regle n'a pas toujours lieu: elle a lieu lorſque le fait, qui fait l'objet de l'obligation, eſt de nature qu'il n'importe au créancier par qui la choſe ſoit faite. Par exemple, ſi j'ai fait marché avec un Vigneron pour me façonner un arpent de vignes, tout autre Vigneron pourra acquitter mon débiteur, en le façonnant pour lui.

Il n'en eſt pas de même de l'obligation des faits dans leſquels on conſidere l'habileté & le talent perſonnel de l'ouvrier, qui a contracté l'obligation; cette obligation ne peut être acquittée que par le débiteur; L. 31, ff. *de ſolut.* Par exemple, ſi j'ai fait marché avec un Peintre pour me peindre un plafond, il ne peut pas s'acquitter de ſon obligation en le faiſant peindre par un autre Peintre, à moins que je n'y conſente.

ARTICLE II.

A qui le paiement doit-il être fait.

501. Le paiement pour être valable doit être fait au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui, ou qualité pour recevoir.

§. I.

Du paiement fait au Créancier.

502. Nous entendons par créancier, non-ſeulement la perſonne même avec qui le débiteur a contracté, mais pareillement les héritiers, & tous ceux qui ont ſuccédé à ſa créance, même à titre ſingulier.

Lorſque le créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, chaque héritier ne devenant créancier que pour la part pour laquelle il eſt héritier, on ne peut payer valablement à l'un des héritiers, que la portion qui lui appartient dans la créance, à moins qu'il n'ait le pouvoir de ſes cohéritiers de recevoir le total.

Celui à qui le créancier a cédé ſa créance à quelque titre que ce ſoit, ſoit de vente, ſoit de donation, ſoit de legs, en devient le créancier par la ſignification qu'il fait au débiteur de ſon titre de ceſſion, ou par l'acceptation volontaire que le débiteur fait du tranſport; & par conſéquent le paiement qui lui eſt fait eſt valable.

Au contraire, l'ancien créancier ceſſe de l'être par cette ſignification que le ceſſionnaire fait au débiteur, ou par l'acceptation du tranſport; & le paiement qui ſeroit fait depuis à l'ancien créancier, ne ſeroit pas valable.

Pareillement, lorſque par une Sentence un débiteur arrêté a été condamné de payer à l'arrêtant ce qu'il doit, & que l'arrêt a été déclaré pour conſenti par le créancier de cet arrêté, l'arrêtant devient par cette Sentence aux droits du créancier de l'arrêté, & le paiement qui eſt fait par l'arrêté à cet arrêtant eſt valable.

503. On répute quelquefois pour créancier celui qu'on a juſte ſujet de croire tel, quoique ce ſoit une autre perſonne qui ſoit le créancier véritable; & le paiement fait à ce créancier putatif eſt valable, comme s'il eût été fait au créancier véritable.

Par exemple, vous êtes en poſſeſſion d'une terre qui ne vous appartient pas, dont il dépend des mouvances féodales & cenſuelles; le paiement qui vous eſt fait pendant que vous êtes en poſſeſſion, des arrérages de cens & profits, ſoit cenſuels, ſoit féodaux, eſt valable; quoique n'étant pas propriétaire, vous n'en ſoyez pas proprement le créancier; & lorſque le véritable propriétaire ſera apparu, & ſe ſera fait reſtituer cette terre, quoiqu'il fût le vrai créancier de ces droits ſeigneuriaux qui vous ont été payés, il ne ſera pas recevable à les demander à ceux qui vous les ont payés; le paiement qu'ils vous ont fait les a libérés. La raiſon eſt que tout poſſeſſeur étant de droit réputé & préſumé propriétaire de la choſe qu'il poſſede, tant que le vrai propriétaire n'apparoît point, ces débiteurs ont eu juſte ſujet de croire, en vous voyant en poſſeſſion de la ſeigneurie, que vous en étiez propriétaire, & par conſéquent le créancier des droits qu'ils vous ont payés. Leur bonne foi doit rendre valable le paiement qu'ils ont fait; c'eſt la faute du vrai propriétaire de ne s'être pas fait connoître plutôt.

Par la même raiſon, les paiemens faits à celui qui eſt en bonne & légitime poſſeſſion d'une ſucceſſion, par les débiteurs de cette ſucceſſion, ſont valables,

quoique la ſucceſſion ne lui appartienne pas ; ſauf au véritable héritier, lorſqu'il apparoîtra, à ſe faire faire raiſon, par le poſſeſſeur de la ſucceſſion, de ce qu'il a reçu.

A plus forte raiſon, les paiemens faits par les débiteurs de la ſucceſſion à un héritier bénéficiaire ſont valables, quoique par la ſuite il ſoit exclus de la ſucceſſion par un parent qui ſe porte héritier pur & ſimple. Car ſi au moyen de cette excluſion, il n'étoit pas l'héritier, au moins il étoit l'adminiſtrateur de la ſucceſſion; ce qui lui donnoit une qualité pour recevoir.

A plus forte raiſon encore, le paiement fait à un héritier qui s'eſt depuis fait reſtituer contre ſon acceptation, ne laiſſe pas d'être valable.

504. Pour que le paiement fait, ou à la perſonne du créancier, ou à celles qui ſont à ſes droits, ſoit valable, il faut que la perſonne ſoit capable d'adminiſtrer ſon bien.

C'eſt pourquoi ſi le créancier étoit, par exemple, un mineur, un interdit, ou une femme ſous puiſſance de mari, le paiement qui lui ſeroit fait, ne ſeroit pas valable, & ne procureroit pas au débiteur la libération.

Néanmoins ſi ce créancier, ou ſon tuteur ou curateur pour lui, ſous le prétexte de la nullité de ce paiement, demandoit à être payé une ſeconde fois, & que le débiteur pût juſtifier que ce créancier a profité de la ſomme qui lui a été payée, & que ce profit ſubſiſtât encore au temps de la demande; *putà*, ſi ſes dettes en ont été acquittées, ſi ſes bâtimens en ont été réparés; le créancier devroit être débouté de ſa demande, comme contraire à la bonne foi qui ne permet pas que quelqu'un profite & s'enrichiſſe aux dépens d'autrui : *neminem æquum eſt cum alterius damno locupletari.*

Obſervez que ſi la ſomme a été employée à lui acheter une choſe qui lui étoit néceſſaire, quoique cette choſe ait depuis péri par un cas fortuit avant la demande, il ne laiſſe pas d'être cenſé, au temps de ſa demande, profiter de cette choſe. Car dans la ſuppoſition que la choſe lui étoit néceſſaire, s'il n'eût pas employé à l'acheter la ſomme qui lui a été payée, il eût fallu qu'il y eût employé d'autres ſommes, qu'il a par ce moyen conſervées : *Hoc ipſo quo non eſt pauperior factus, locupletior eſt* ; L. 47, §. 1, ff. *de ſolut.*

Si la ſomme a été employée à acheter des choſes qui n'étoient pas néceſſaires à ce créancier, il ſera reçu dans ſa demande, ſi elles ne ſubſiſtent plus ; & ſi elles ſubſiſtent, il pourra encore y être reçu, en offrant de les abandonner au débiteur ; *d. L.* 47, *princ.* ; L. 4, ff. *de excep.*

505. Le paiement que fait le débiteur à ſon créancier, au préjudice d'une ſaiſie-arrêt faite entre ſes mains par les créanciers de ſon créancier, eſt bien valable vis-à-vis de ſon créancier : mais il n'eſt pas valable vis-à-vis des créanciers arrêtans, qui peuvent obliger ce débiteur à payer une ſeconde fois, s'il eſt jugé que les arrêts ſoient valables, ſauf ſon recours contre ſon créancier, à qui il a payé au préjudice de l'arrêt.

Au reſte, quoiqu'un homme ſoit en décret de priſe de corps, ſes débiteurs peuvent lui payer valablement, tant qu'il n'y a pas d'arrêts entre leurs mains ; L. 46, §. 6, ff. *de jur. fiſc.* ; L. 41, ff. *de ſolut.*

§. II.

§. II.

De ceux qui ont pouvoir du Créancier pour recevoir.

506. Le paiement fait à ceux qui ont pouvoir du créancier de recevoir pour lui, eſt réputé fait au créancier lui-même, & par conſéquent il eſt auſſi valable que s'il étoit fait au créancier. C'eſt ce qu'enſeigne la Loi 180, ff. *de reg. jur. Quod juſſu alterius ſolvitur, pro eo eſt quaſi ipſi ſolutum eſſet.*

507. Il ſuit de cette regle, 1°. qu'il n'importe quelle ſoit la perſonne à qui le créancier a donné pouvoir: fût-ce un mineur, fût-ce un Religieux, le paiement eſt valable. La raiſon eſt que le paiement étant cenſé fait à celui qui a donné le pouvoir, c'eſt ſa perſonne, & non celle à qui il a donné le pouvoir, qui doit être conſidérée, & il doit s'imputer d'avoir choiſi cette perſonne; L. 4, *Cod. de ſolut.*

508. Il ſuit, 2°. de cette regle, qu'on peut payer valablement, non-ſeulement à celui qui a le pouvoir de la perſonne même du créancier, mais auſſi à celui qui a pouvoir d'une perſonne qui a qualité de recevoir pour le créancier. Par exemple, ſi le créancier eſt un mineur, ou une femme mariée, le paiement fait à celui qui a pouvoir du tuteur, ou du mari, eſt valable; L. 96, ff. *de ſolut.*

509. Il ſuit, 3°. de cette regle, que le paiement fait à celui qui a le pouvoir de la perſonne méme du créancier, n'eſt valable qu'autant qu'il auroit pu être valablement fait au créancier lui-même. C'eſt pourquoi ſi le créancier eſt un mineur, ou un interdit, le paiement fait à celui à qui le mineur ou l'interdit a donné pouvoir de recevoir, n'eſt pas plus valable que s'il eût été fait au mineur ou à l'interdit.

510. Le paiement fait à celui à qui on a donné le pouvoir de recevoir, n'eſt valable qu'autant que ſon pouvoir dure encore lors du paiement.

C'eſt pourquoi ſi un créancier a donné pouvoir à quelqu'un de recevoir ce qui lui étoit dû pendant un certain temps, ou bien pendant le temps de ſon abſence, le paiement fait à cette perſonne après l'expiration du temps, ou depuis le retour de ce créancier, ne ſera pas valable, parce que le pouvoir ne ſubſiſtoit plus.

Pareillement, ſi le créancier a révoqué le pouvoir qu'il avoit donné, le paiement fait depuis la révocation n'eſt pas valable: mais il faut pour cela que le débiteur qui a payé depuis la révocation, ait eu connoiſſance de la révocation, ou qu'elle lui ait été ſuffiſamment notifiée pour qu'il ait pu avoir cette connoiſſance; autrement le paiement fait, quoique depuis la révocation, ſera valable; L. 12, §. 2; L. 34, §. 3; L. 51, ff. *de ſolut.*

La raiſon eſt que l'erreur du débiteur qui paie depuis la révocation de la procuration, vient plutôt de la faute du créancier, qui devoit avertir le débiteur de cette révocation, que de celle du débiteur, qui voyant une procuration de recevoir, & ne pouvant deviner la révocation, a eu un juſte ſujet de payer à la perſonne qui avoit la procuration. C'eſt pourquoi il n'eſt pas juſte que le débiteur ſouffre de cette erreur, & puiſſe être obligé de payer deux fois: le créancier qui eſt en faute doit ſeul en ſouffrir.

Ce cas-ci eſt bien différent du cas auquel un débiteur auroit payé ſur un pouvoir du créancier : car en ce cas il n'y a nulle faute du créancier ; c'eſt celle du débiteur de ne s'être pas informé ſuffiſamment de la vérité du pouvoir. C'eſt pourquoi un tel paiement eſt nul, & ne libere pas le débiteur ; L. 34, §. 4, ff. *de ſolut.*

511. Le pouvoir expire auſſi par la mort du créancier qui a donné ce pouvoir, ou par ſon changement d'état ; *putà*, ſi c'eſt une femme, par ſon mariage ; & par conſéquent le paiement fait à celui qui a ce pouvoir, n'eſt pas valable, s'il eſt fait depuis la mort du créancier, qui a donné le pouvoir ; L. 108, ff. *de ſolut.* ou depuis le changement d'état ; *arg. L.* 58, §. 1.

Mais ſi la mort & le changement d'état n'étoient pas connus lors du paiement, la bonne foi du débiteur rendroit le paiement valable ; L. 32, ff. *d. tit.*

512. Le pouvoir donné par celui qui avoit qualité de recevoir pour le créancier, expire lorſque ſa qualité ceſſe. Par exemple, ſi le tuteur d'un mineur a donné pouvoir à quelqu'un de recevoir des débiteurs de ſon mineur, on ne pourroit plus payer, après la tutele finie, à ce fondé de pouvoir ; parce que la qualité de celui qui a donné ce pouvoir a ceſſé, & qu'on ne pourroit plus payer à lui-même. C'eſt encore une ſuite de la Loi 180, ff. *de R. juris.*

513. Il nous reſte à obſerver qu'il n'importe que le pouvoir du créancier ſoit un pouvoir ſpécial, ou un ſimple pouvoir général *omnium negotiorum*, pour que le paiement fait à celui qui a ce pouvoir, ſoit valable ; L. 12, *de ſolut.*

Le titre exécutoire dont eſt porteur le Sergent qui va de la part du créancier pour le mettre à exécution, équipolle à un pouvoir de recevoir la dette contenue en ce titre ; & la quittance qu'il donne au débiteur eſt auſſi valable, que ſi elle eût été donnée par le créancier.

Il en eſt autrement d'un Procureur *ad lites*, à qui j'ai donné pouvoir de donner demande contre mon débiteur ; cette procuration n'eſt pas cenſée renfermer le pouvoir de recevoir la dette ; L. 86, ff. *de ſolut.*

C'eſt une queſtion célebre, ſi le pouvoir que nous donnons à quelqu'un de contracter pour nous, comme de vendre ou de louer une choſe, renferme celui de recevoir pour nous le prix de la vente ou du louage. Barthole a tenu l'affirmative, & il eſt ſuivi par Fachin. II. *contr.* 94. Je trouve plus plauſible l'opinion de Wiſſembach, *ad tit.* ff. *de ſolut. n.* 14, qui penſe que le pouvoir de vendre ne renferme pas celui de recevoir le prix, à moins qu'il n'y ait des circonſtances qui donnent lieu de le préſumer. La Loi 1, §. 12, ff. *de exerc. act.*, me paroît déciſive pour cette opinion : il y eſt dit que celui qui n'eſt préposé ſur un vaiſſeau que pour faire avec le paſſager le marché de leur paſſage, n'a pas pouvoir d'en recevoir le prix. On ne peut pas dire plus formellement que le pouvoir de vendre ou de louer, ne renferme pas celui de recevoir le prix.

Au reſte, il peut ſe trouver des circonſtances dans leſquelles celui qui a pouvoir de vendre, eſt préſumé avoir le pouvoir de recevoir le prix. Par exemple, s'il y avoit dans une ville certains revendeurs publics, qui fuſſent dans l'uſage de porter par les maiſons les choſes qu'on veut vendre, & d'en recevoir le prix des acheteurs ; en remettant à une de ces perſonnes une choſe pour la

porter vendre, je ſuis cenſé lui avoir auſſi donné pouvoir d'en recevoir le prix.

§. III.

De ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir.

514. Le paiement fait à ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir à la place du créancier, eſt valable.

La loi donne cette qualité aux tuteurs pour recevoir ce qui eſt dû à leurs mineurs; aux curateurs des interdits, pour recevoir ce qui eſt dû à ces interdits; aux maris pour recevoir ce qui eſt dû à leurs femmes qui ne ſont point ſéparées; aux Receveurs d'Hôpitaux, de Fabriques, ce qui eſt dû auxdits Hôpitaux, &c.

Ces perſonnes ont qualité pour recevoir, non-ſeulement les revenus des biens des perſonnes dont elles ont l'adminiſtration, mais même les principaux de leurs rentes, lorſque les débiteurs jugent à propos de les rembourſer, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il intervienne pour cet effet aucune Ordonnance du Juge: & les débiteurs qui ont payé entre les mains de ces perſonnes, ſont parfaitement libérés, & n'ont aucun recours à craindre, quand même ces perſonnes auxquelles ils ont payé, deviendroient inſolvables. La Loi 25, *Cod. de adm. tut.* qui requéroit le décret du Juge pour mettre le débiteur à couvert, en cas d'inſolvabilité du tuteur à qui il avoit payé, n'eſt pas ſuivie parmi nous.

515. Le ſeule raiſon de proximité, quelque étroite qu'elle ſoit avec la perſonne du créancier, n'eſt point une qualité ſuffiſante pour recevoir ce qui lui eſt dû.

C'eſt pourquoi, ni le pere n'a qualité pour recevoir ce qui eſt dû à ſon fils qui n'eſt plus ſous ſa puiſſance; ni le fils pour recevoir ce qui eſt dû à ſon pere; ni le mari pour recevoir ce qui eſt dû à ſa femme ſéparée d'avec lui; ni encore moins la femme pour recevoir ce qui eſt dû à ſon mari; L. 22, ff. *hoc tit.*; L. 11, *Cod. hoc tit.*

§. IV.

De ceux à qui la convention donne qualité pour recevoir.

516. Quelquefois dans le contrat par lequel une perſonne s'oblige de payer quelque choſe à une autre, il y a une perſonne tierce indiquée, entre les mains de laquelle on convient que le paiement pourra ſe faire, comme en celle du créancier. Une telle perſonne a qualité par la convention même de recevoir pour le créancier; & par conſéquent le paiement qu'il lui eſt fait, eſt auſſi valable que s'il étoit fait au créancier lui-même. Ces tierces perſonnes, à qui on convient que le débiteur pourra payer, ſont celles qui ſont appellées par les Juriſconſultes Romains, *adjecti ſolutionis gratiâ.*

Ces tierces perſonnes à qui on indique au débiteur de payer, ſont le plus ſouvent des créanciers du créancier qui les indique. Par exemple, vous me vendez un héritage pour le prix de dix mille livres, & il eſt dit par le contrat, que je payerai cette ſomme en votre acquit, à un tiers qui eſt votre créancier de pareille ſomme.

Quelquefois auſſi la perſonne à qui je vous indique de payer la ſomme que vous vous obligez de me donner, eſt une tierce perſonne qui n'eſt point mon créancier, mais qui recevra pour moi cette ſomme, comme mon mandataire; ou bien qui la recevra comme mon donataire, ſi j'ai eu intention de la lui donner. Ce ſont-là proprement les *adjecti ſolutionis gratiâ*, dont il eſt parlé dans les Loix Romaines.

517. On peut indiquer de payer à un tiers, non-ſeulement la même choſe que le débiteur s'oblige de payer à ſon créancier, mais même quelquefois une choſe différente. Comme ſi je vous loue le droit de paître vos porcs dans mes bois, à la charge que vous me payerez la ſomme de trente livres en mon domicile, ou bien un cochon du poids de tant de livres à mon vigneron d'un tel endroit; en ce cas le paiement du cochon fait à mon vigneron, vous libere envers moi des trente livres que vous me deviez; L. 34, §. 2, ff. *de ſolut.*; L. 141, §. 5, ff. *de verb. oblig.*

518. La ſomme qu'on indique par le contrat de payer à un tiers, peut être moindre que celle que le débiteur s'oblige par le contrat de payer au créancier.

De-là naît la queſtion agitée en la Loi 98, §. 5, ff. *de ſolut.* de ſçavoir, ſi en ce cas le paiement de cette ſomme moindre, fait à ce tiers, libere entiérement le débiteur envers le créancier, ou ſeulement juſqu'à concurrence de cette ſomme? On doit rechercher ſur cette queſtion par les circonſtances, quelle a été l'intention des parties: mais à moins que le contraire ne paroiſſe évidemment, la préſomption eſt que l'intention des parties a été que le paiement de la ſomme moindre, fait à la perſonne indiquée, ne libéreroit le débiteur que juſqu'à concurrence de cette ſomme.

519. L'indication qui ſe fait par le contrat d'une tierce perſonne à qui on pourra payer, peut ſe faire pour un lieu ou pour un temps différent du lieu ou du temps auquel la choſe eſt payable au créancier lui-même.

Par exemple, je puis convenir que vous payerez une ſomme à moi en mon domicile à Orléans, ou à mon Banquier à Paris. Pareillement je puis convenir que vous me payerez une telle ſomme, ou à moi-même au temps d'une telle foire, ou à un tel après le temps de ladite foire. *Vice verſâ*, je puis convenir que vous me payerez une telle ſomme, ou à moi au temps d'une telle foire, ou à un tel avant le temps de ladite foire; L. 98, §. 4 & 6, ff. *de ſolut.*; L. 141, §. 6, ff. *de verb. oblig.*

520. On peut auſſi faire dépendre d'une condition l'indication, quoique l'obligation ſoit pure & ſimple: mais ſi l'obligation dépendoit elle-même d'une condition, l'indication, quand même elle auroit été faite purement & ſimplement, ou ſous une autre condition, dépendroit néceſſairement de la condition de laquelle on a fait dépendre l'obligation. Car on ne peut faire de paiement valable à la perſonne indiquée que d'une choſe due, & elle ne peut pas être due ſi la condition de l'obligation n'exiſte; L. 141, §. 7 & 8, ff. *de verb. oblig.*

Il n'en eſt pas de même du terme de paiement: le paiement pouvant ſe faire valablement avant le terme, l'indication de payer à un tiers, n'eſt pas néceſſairement aſſujettie au terme que j'ai accordé à mon débiteur pour me payer. C'eſt pourquoi je puis en contractant, permettre à mon débiteur de payer à un tiers, pourvu qu'il le faſſe dans le mois, quoique je lui accorde le terme de deux mois pour me payer à moi-même; *d.* L. 98, §. 4.

521. Le paiement fait à la perſonne indiquée eſt valable, non-ſeulement lorſqu'il eſt fait par le débiteur lui-même à qui on a fait cette indication, mais par quelque perſonne que ce ſoit; L. 59, *verſ. & ſi à filio*, ff. *de ſolut.*

522. Ce droit qu'a le débiteur de payer la ſomme à la perſonne indiquée auſſi valablement qu'à la perſonne du créancier, eſt un droit qui paſſe aux héritiers du débiteur. Ils ont ce droit, quand même il auroit été omis d'en faire mention dans le titre nouvel qu'ils ont paſſé: car on ne préſume jamais qu'on ait voulu innover au titre primordial par un titre nouvel.

523. Réguliérement ce ne peut être qu'à la perſonne même indiquée par le contrat, à qui on peut payer valablement, & non à ſes héritiers ou autres perſonnes qui la repréſenteroient; L. 55, ff. *de verb. oblig.*; L. 81, ff. *de ſolut.*

Néanmoins lorſqu'un vendeur indique à l'acheteur par le contrat de vente, de payer le prix à un de ſes créanciers, le paiement peut ſe faire valablement, non-ſeulement à la perſonne même du créancier, mais aux héritiers de ce créancier, & autres qui auroient ſuccédé à ſa créance. La raiſon eſt que dans cette indication ce n'eſt pas tant la perſonne indiquée, que ſa qualité de créancier qui a été conſidérée, par l'intérêt que le vendeur avoit qu'on acquittât pour lui cette créance, & par celui qu'avoit l'acheteur de payer au créancier, pour être ſubrogé aux droits & hypotheques de ce créancier.

524. On ceſſe de pouvoir valablement payer à la perſonne indiquée, lorſqu'elle a changé d'état. C'eſt pourquoi ſi la perſonne à qui, par le contrat, il eſt indiqué de payer, a depuis perdu la vie civile, je ne pourrai pas lui payer valablement, L. 38, *de ſolut.*, quoique le créancier eût pu m'indiquer une perſonne qui dès le temps du contrat ſeroit morte civilement; & c'eſt en ce ſens qu'on doit entendre la Loi 95, §. 6, *dicto titulo*, qui paroît contraire; (*Voyez Cujac. in Comment. ad Papin. ad h. L.*) La raiſon de cette différence eſt qu'on peut préſumer que le créancier n'auroit pas voulu qu'on payât entre les mains de cette perſonne, s'il eût prévu qu'elle perdroit la vie civile. Mais lorſque dès le temps du contrat cette perſonne l'avoit perdue, & que le créancier le ſçavoit; la volonté du créancier qu'on puiſſe payer entre ſes mains, nonobſtant qu'elle ne jouiſſe pas de l'état civil, ne peut plus être ambiguë.

Il faut dire la même choſe d'une perſonne à qui on auroit indiqué de payer, & qui par la ſuite ſeroit interdite, ou paſſeroit ſous puiſſance de mari, ou feroit banqueroute. Dans tous ces cas le débiteur ne peut plus lui payer valablement, la préſomption étant qu'elle n'auroit pas été indiquée, ſi ces cas euſſent été prévus.

525. Celui à qui le créancier par la convention même a indiqué de payer, eſt tres-différent de celui qui eſt ſimplement fondé de pouvoir du créancier pour recevoir. La faculté de payer à un ſimple fondé de pouvoir, ceſſe par la révocation du pouvoir notifié au débiteur, que le créancier peut faire quand bon lui ſemble. La raiſon eſt que la faculté de payer à ce fondé de pouvoir, n'étant fondée que ſur la procuration que lui a donné le créancier, laquelle eſt révocable, comme toute autre procuration, il s'enſuit que cette procuration venant à ceſſer par la révocation, la faculté de lui payer doit ceſſer.

Au contraire, la faculté de payer à la perſonne indiquée par la convention, ayant ſon fondement dans la convention même dont elle fait partie, & à

laquelle on ne peut déroger que par le conſentement des deux parties, le créancier ne peut pas en priver le débiteur, qui peut malgré le créancier, ſelon la loi de la convention, payer entre les mains de la perſonne qui lui a été indiquée par la convention : c'eſt ce qu'enſeigne la Loi 12, §. 3, & la Loi 106, ff. *de ſolution.*

Néanmoins ſi le créancier alléguoit qu'il a des raiſons pour que le paiement ne ſe faſſe pas entre les mains de cette perſonne indiquée par le contrat, & que le débiteur n'eût aucun intérêt de payer entre les mains de cette perſonne plutôt qu'au créancier lui-même, ou à quelqu'autre perſonne qu'il lui indiqueroit à la place de celle indiquée par le contrat, ce ſeroit de la part de ce débiteur une mauvaiſe humeur & une obſtination déraiſonnable, de vouloir payer entre les mains de la perſonne indiquée ; obſtination que la Juſtice ne devroit pas approuver.

526. Par le Droit Romain, la faculté de payer à la perſonne indiquée par la convention, ceſſoit, lorſque ſur la demande faite par le créancier, il étoit intervenu conteſtation en cauſe ; L. 57, §. 1, ff. *de ſolut.* ; ce qui n'étoit fondé que ſur une ſubtilité, que je ne penſe pas devoir être ſuivie dans notre Droit.

527. Il n'eſt pas douteux que le paiement fait d'une partie de la dette à la perſonne même du créancier, ne fait pas ceſſer la faculté de payer le reſtant à la perſonne indiquée ; L. 71, ff. *de ſolut.*

§. V.

De quelles manieres le paiement fait à la perſonne qui n'avoit ni pouvoir, ni qualité pour recevoir, peut-il être rendu valable.

528. Le paiement fait à une perſonne qui n'avoit ni qualité ni pouvoir pour recevoir, devient valable ; 1°. par la ratification & approbation que le créancier fait par la ſuite de ce paiement ; L. 12, §. 4, ff. *de ſolut.* ; L. 12, *Cod. dicto tit.* ; L. 24, ff. *de neg. geſt.*

Les ratifications ayant un effet rétroactif, ſuivant la regle *ratihabitio mandato comparatur* ; d. L. 12, §. 4 ; le paiement ſera cenſé avoir été valable, dès le temps qu'il a été fait. C'eſt pourquoi ſi quelqu'un s'eſt rendu caution envers moi pour mon débiteur, avec la clauſe que ſon cautionnement ne dureroit que juſqu'au premier Janvier 1770, au bout duquel temps il en demeureroit quitte & déchargé de plein droit, le paiement qu'il a fait dans le cours de l'année 1769, à une perſonne qui n'avoit pas pouvoir de moi, ſera valable, & il ne pourra répéter la ſomme payée, quoique je n'aie ratifié ce paiement qu'en l'année 1770, temps auquel il auroit ceſſé d'être mon débiteur, s'il n'eût pas payé : car au moyen de l'effet rétroactif de ma ratification, le paiement eſt valable du jour qu'il a été fait ; & il l'a été dans un temps auquel ſon obligation ſubſiſtoit ; L. 71, §. 1, ff. *de ſolut.*

Suivant le même principe, ſi je ſuis débiteur d'une ſomme de mille livres envers Pierre & Paul cocréanciers ſolidaires, & que j'aie payé cette ſomme en premier lieu à une perſonne qui l'a reçue pour Pierre, ſans aucun pouvoir de

lui, & que je l'aie payée une ſeconde fois à Paul, la validité du paiement fait à Paul, dépendra de la ratification de Pierre. S'il ratifie, le premier paiement ſera valable, & celui fait à Paul ſera nul, comme étant le paiement d'une dette acquittée. Si Pierre ne ratifie pas, le premier paiement ne ſera pas valable, & celui fait à Paul le ſera ; L. 58, §. 2, ff. *d. tit.*

529. Le ſecond cas auquel le paiement fait à une perſonne qui n'avoit pas de qualité pour recevoir devient valable, eſt lorſque la ſomme payée a tourné par la ſuite au profit du créancier ; L. 28, L. 34, §. 9, ff. *de ſolut.* ; *Putà*, ſi elle a ſervi à libérer le créancier de ce qu'il devoit ; L. 66, verbo *ſed exceptione*, ff. *d. titulo.*

Le troiſieme cas eſt ſi cette perſonne, à qui le paiement a été fait, eſt devenue l'héritiere du créancier, ou a ſuccédé à quelqu'autre titre à la créance ; L. 96, §. 4, ff. *dicto titulo.*

ARTICLE III.

Quelle choſe doit être payée, comment, & en quel état.

§. I.

Peut-on payer une choſe pour une autre.

530. Réguliérement c'eſt la choſe qui eſt due, qui doit être payée ; & un débiteur ne peut obliger ſon créancier à recevoir en paiement autre choſe que ce qu'il lui doit ; L. 16, *Cod. de ſolut.*

Nous n'obſervons point la Novelle 4, *cap.* 3, qui permet au débiteur d'une ſomme d'argent, qui n'a ni argent, ni meubles pour en faire, d'obliger ſon créancier à recevoir en paiement des héritages pour l'eſtimation qui en ſera faite, ſi mieux n'aime le créancier lui trouver un acheteur.

531. Non-ſeulement le débiteur ne peut pas obliger le créancier à recevoir en paiement autre choſe que ce qui lui eſt dû ; mais ſi par erreur le créancier croyant recevoir ce qui lui étoit dû, avoit reçu autre choſe, le paiement ne ſeroit pas valable, & le créancier pourroit, en offrant de rendre ce qu'il a reçu, exiger la choſe qui lui eſt due. C'eſt ce que décide Paul en la Loi 50, ff. *de ſolut.* ; *Si quum aurum tibi promiſiſſem, tibi ignoranti quaſi aurum æs ſolverim, non liberabor.*

Si le créancier a bien voulu recevoir en paiement de ce qui lui étoit dû une autre choſe, il n'eſt pas douteux que le paiement eſt valable ; L. 17, *Cod. de ſolut.* ; à moins qu'il n'y eût lieu à la reſtitution contre ce paiement en cas de léſion, pour cauſe de la minorité du créancier, qui auroit donné imprudemment ce conſentement, ou pour cauſe de dol, &c. ; L. 26, ff. *de lib. leg.*

532. Le débiteur peut quelquefois obliger le créancier à recevoir en paiement de ce qui lui eſt du, quelqu'autre choſe ; ſçavoir, lorſque la faculté lui en a été accordée, ſoit par le contrat, ſoit par quelque convention poſtérieure intervenue depuis avec le créancier ; L. 57, L. 96, §. 2, ff. *de ſolut.*

Par le Droit Romain cette faculté ceſſoit, lorſque ſur la demande du créancier il y avoit eu conteſtation en cauſe ; *d. l.* 57 ; ce que je ne penſe pas devoir être ſuivi dans notre Droit.

533. Ces conventions de payer quelque choſe à la place de ce qui eſt dû, ſont toujours préſumées faites en faveur du débiteur. Ainſi il eſt toujours loiſible au débiteur de payer la ſomme même qui eſt due, & le créancier ne peut exiger autre choſe.

C'eſt pourquoi ſi par contrat de mariage, un mari reçoit une certaine ſomme en dot, pour ſureté de laquelle il oblige certains héritages, & qu'il ſoit dit que lors de la diſſolution du mariage, la femme les recevra en paiement de ſa dot, cette convention n'empêche pas le mari ou ſes héritiers de retenir leſdits héritages, en offrant la ſomme reçue en dot dont la reſtitution eſt due; L. 45, ff. *de ſolut.*

Par la même raiſon, ſi j'ai affermé un lieu de vignes pour une ſomme de 500 liv. par an, payable en vins qui s'y recueilleront, la faculté de payer en vins eſt cenſée miſe en faveur du fermier débiteur; & je ne pourrai l'obliger de me donner du vin, s'il offre de me payer en argent la ſomme de cinq cens livres, prix de ſa ferme.

Mais ſi une fois le paiement avoit été fait d'une choſe à la place de ce qui étoit dû, la choſe étant conſommée, le débiteur ne ſeroit plus recevable à répéter, en offrant de payer la ſomme qui étoit due; L. 10, L. 24, *Cod, de ſolut.*

§. II.

Le Créancier eſt-il tenu de recevoir par parties ce qui lui eſt dû.

534. Quoiqu'une dette ſoit diviſible, tant qu'elle n'eſt pas encore diviſée, le créancier n'eſt pas obligé de recevoir par parties ce qui lui eſt dû.

C'eſt ſur ce principe que *Modeſtin* décide en la Loi 41, §. 1, ff. *de uſur.* que s'il n'y a pas une clauſe au contrat, que le débiteur pourra payer par parties, la conſignation par lui faite d'une partie, n'arrête pas le cours des intérêts, même pour la partie conſignée. Cette déciſion ſuppoſe bien clairement le principe, qu'un créancier n'eſt pas obligé de recevoir par parties ce qui lui eſt dû. S'il y étoit obligé, & que la conſignation de la partie offerte fût valable, les intérêts ceſſeroient d'en courir: car lorſque la dette d'une ſomme d'argent eſt acquittée pour partie, les intérêts ne courent plus que pour le ſurplus qui reſte dû. C'eſt ce que décide la Loi quatrieme, *Cod. de comp.*, & c'eſt ce que le ſeul bon ſens apprend.

Quel intérêt, dira-t-on, a un créancier, de refuſer à ſon débiteur la commodité de le payer par parties? La réponſe eſt qu'on a intérêt de recevoir tout à-la-fois une groſſe ſomme, avec laquelle on fait ſes affaires, plutôt que pluſieurs petites ſommes en différens temps, qui ſe dépenſent imperceptiblement à meſure qu'on les reçoit. D'ailleurs c'eſt un embarras pour le créancier de charger ſon regiſtre d'une recette de pluſieurs petites ſommes; & d'avoir des calculs à faire. *Molin. Tr. de div. & ind. P. 2, n°. 14.*

Il ne ſuffit pas même au débiteur d'offrir toute la ſomme principale qu'il doit, lorſqu'elle porte intérêt; le créancier n'eſt pas obligé de la recevoir, ſi on ne lui paie en même temps tous les intérêts qui en ſont dus.

535. Lorſque pluſieurs perſonnes ſe ſont rendues cautions pour un débiteur; quoiqu'elles

quoiqu'elles aient entr'elles le bénéfice de diviſion, néanmoins tant que le créancier ne les pourſuit pas pour le paiement, chacune d'elles ne peut l'obliger de recevoir le paiement pour partie.

La raiſon eſt que la dette, à laquelle pluſieurs cautions ont accédé, n'eſt pas de plein droit diviſée entr'elles : ces cautions n'ont qu'une exception pour faire prononcer la diviſion de la dette. C'eſt lorſqu'elles ſont pourſuivies pour le paiement, & qu'elles ſe trouvent toutes alors ſolvables, que cette exception ne peut être propoſée ; la dette juſqu'à ce temps n'étant pas encore diviſée, c'eſt une conſéquence que le créancier ne puiſſe être tenu de la recevoir pour partie.

La ſommation que la caution non-pourſuivie fait au créancier de recevoir ſa part, ſi mieux il n'aime la décharger, n'eſt pas fondée, quelque temps qu'il y ait que cette caution s'eſt obligée : car ce n'eſt que contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, & non contre le créancier que la caution a l'action *mandati*, pour qu'il la faſſe décharger de ſon cautionnement.

Cette ſommation n'eſt pas fondée, quand même la caution allégueroit que le débiteur principal, & les cofidéjuſſeurs, quoique encore ſolvables, commencent à diſſiper leurs biens, & qu'elle ne doit pas ſouffrir de la négligence du créancier à les pourſuivre : cette caution n'a d'autre reſſource que de payer toute la dette, & de ſe faire ſubroger aux droits & actions du créancier ; *Molin. Tract. de div. & ind. P. 2. n°. 54, 55, 56.*

Dumoulin, *n°. 57*, va plus loin : quand même l'obligation des cautions ſeroit entr'elles diviſée de plein droit, *putà*, ſi trois perſonnes s'étoient rendues, chacune pour un tiers, cautions d'un débiteur, il penſe que même en ce cas, la caution qui n'eſt pas pourſuivie pour le paiement, ne peut forcer le créancier à recevoir le paiement de ſon tiers, parce que, dit-il, l'obligation des cautions ne doit pas donner indirectement atteinte à l'obligation principale, & la rendre payable par parties, avant qu'elle ſoit diviſée.

Je penſe que Dumoulin va trop loin : car cette caution n'étant obligée que pour le tiers, doit avoir la faculté de ſe libérer en payant ce tiers, qui eſt tout ce qu'elle doit, étant permis à tout débiteur de ſe libérer en offrant tout ce qu'il doit. Je penſe même que le débiteur principal qui ne pourroit en ſon nom payer pour partie, peut payer pour l'une des cautions le tiers que cette caution doit. Le débiteur ayant intérêt de payer pour cette caution, pour ſe décharger de l'indemnité qu'il lui doit, le créancier ne peut refuſer ce paiement. Dumoulin, *ibid. n°. 50*, convient que c'eſt le ſentiment commun des Docteurs, quoiqu'il ſoit d'un avis contraire.

536. La regle que le créancier ne peut être obligé à recevoir par parties ce qui lui eſt dû, tant que la dette n'eſt pas encore diviſée, reçoit une premiere exception, lorſqu'il y a clauſe au contrat, que la ſomme due ſera diviſée en un certain nombre de paiemens ; *putà*, en deux paiemens, ou en trois paiemens ; ou lorſqu'en conſidération de la pauvreté du débiteur, le Juge l'a ordonné ainſi par un jugement de condamnation. Le créancier eſt tenu dans tous ces cas de ſe conformer à ce qui eſt preſcrit par la convention, ou par le jugement de condamnation.

Lorſqu'on ne s'eſt pas expliqué ſur la ſomme dont ſeroit chaque paie-

ment, les paiemens doivent s'entendre de paiemens égaux entr'eux. Par exemple, ſi je me ſuis obligé à vous payer une ſomme de dix mille écus en quatre paiemens, chaque paiement doit être du quart de la ſomme, ni de plus ni de moins, ſauf que je puis faire pluſieurs paiemens à la fois, en payant la moitié ou les trois quarts de la ſomme.

Lorſque la convention porte que le paiement ſera fait en deux différens lieux qui ſont unis par une conjonctive ; comme s'il étoit dit que je payerai à Orléans à mon domicile, & à Paris au domicile de mon Banquier, cette clauſe renferme celle que le paiement ſe fera par moitié en chacun deſdits lieux. *Secùs*, ſi la particule eſt disjonctive ; comme s'il eſt dit, je payerai à Paris *ou* à Orléans, le créancier n'eſt tenu recevoir qu'en un paiement, en l'un deſdits lieux que choiſira le débiteur.

537. Notre regle ſouffre une ſeconde exception ; ſçavoir, lorſqu'il y a conteſtation ſur la quantité de ce qui eſt dû ; *putà*, ſi par un compte je me ſuis rendu reliquataire d'une certaine ſomme, & que celui à qui je rends compte, prétende par ſes débats que le reliquat doit monter à une plus grande ſomme ; la Loi 31, ff. *de reb. cred.* veut en ce cas que le créancier puiſſe être obligé de recevoir la ſomme dont je me fais reliquataire, ſans préjudice du plus, en attendant la déciſion de la conteſtation. Cette déciſion étant très-équitable, il eſt de la prudence du Juge d'ordonner ce paiement proviſionnel, lorſque le débiteur le demande.

538. La regle ſouffre une troiſieme exception dans le cas de la compenſation : car un créancier eſt obligé de compenſer juſqu'à concurrence de la ſomme qui lui eſt due, celle qu'il doit à ſon débiteur, quoiqu'elle ſoit moindre que celle qui lui eſt due.

539. Celui qui eſt créancier d'une perſonne pour différentes dettes, eſt obligé de recevoir le paiement que ſon débiteur lui offre de l'une de ſes dettes, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le paiement des autres dettes.

Par la même raiſon le débiteur de pluſieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le paiement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le paiement des autres années ; car tous ces termes d'arrérages ſont autant de différentes dettes : le créancier ne peut néanmoins être obligé de recevoir les dernieres années avant les précédentes, *ne rationes ejus conturbentur. Molin. ibid. n°.* 44.

Suivant ce principe, Dumoulin, *ibid.* décide qu'un emphitéote, ſujet par la clauſe du bail, à déchoir de ſon droit par la ceſſation du paiement de trois années de redevance, peut éviter cette peine en offrant le paiement d'une année, avant l'expiration de la troiſieme.

§. III.

Comment la choſe qui eſt due peut-elle être payée.

540. Le paiement d'une choſe ne ſe fait qu'en transférant au créancier par la tradition, la propriété irrévocable de cette choſe : *non videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt ;* L. 167, ff. *de R. juris.*

Delà il ſuit, comme il a déja été dit en l'art. 1, que le paiement d'une choſe n'eſt pas valable, lorſqu'elle n'appartient pas à celui qui la donne en paiement ſans le conſentement du propriétaire.

Néanmoins ce paiement peut devenir par la ſuite valable, ſi le créancier qui l'a reçu en paiement, en eſt devenu propriétaire par le temps requis pour l'uſucapion; ou du moins lorſqu'il a ceſſé d'avoir à craindre aucune éviction de cette choſe; comme lorſque celui qui la lui a donnée en paiement, eſt devenu l'héritier unique du propriétaire de cette choſe, ou lorſque cette choſe a ceſſé d'exiſter, ou a été conſommée de bonne foi par le créancier qui l'a reçue en paiement; L. 60; L. 78; L. 94, §. 2, ff. *de ſolut.*

La raiſon eſt que dans ces cas, ce qui eſt arrivé depuis, a ſuppléé à ce qui manquoit au paiement, en faiſant acquérir au créancier, ou la propriété de la choſe qu'il a reçue en paiement, ou quelque choſe d'équipollent au droit de propriété.

541. Mais lorſqu'un créancier reçoit en paiement par erreur ſa propre choſe, le paiement qui lui en eſt fait, eſt tellement nul, qu'il ne peut jamais devenir valable; car il ne peut jamais être cenſé avoir acquis, ſoit réellement, ſoit équipollemment ce qui lui appartient déja; *quod meum eſt, amplius meum eſſe non poteſt.*

542. Lorſque le paiement eſt fait à un tiers, de l'ordre du créancier, il faut pareillement que la propriété de la choſe qui eſt payée, ſoit transférée, ſoit au créancier, lorſque ce tiers la reçoit au nom du créancier, & pour la lui acquérir; ſoit à ce tiers, lorſque l'intention du créancier a été qu'elle fût acquiſe à ce tiers.

Delà il ſuit que lorſque j'ai donné ordre à celui qui m'a vendu un héritage, d'en faire délivrance à ma femme, à qui j'avois volonté de le donner, le paiement ou la délivrance qu'il fait par mon ordre à ma femme de cet héritage, n'ayant pu en transférer la propriété à ma femme, les donations entre mari & femme étant défendues par la Loi, ni à moi, ma femme ne l'ayant pas reçue pour moi, mon débiteur étant en conſéquence demeuré propriétaire de l'héritage dont il a fait la tradition à ma femme, ce paiement, à ne conſidérer que la ſubtilité du Droit, n'eſt pas valable, & n'a pas libéré mon débiteur: mais s'il ne l'a pas en ce cas libéré *ipſo jure*, & ſelon la ſubtilité du Droit, il eſt libéré *per exceptionem doli*, la bonne foi ne permettant pas que je lui demande un héritage qu'il s'eſt mis par mon fait hors d'état de me livrer, en le délivrant par mon ordre à ma femme. C'eſt pourquoi il n'eſt plus dans cette eſpece tenu envers moi à autre choſe, qu'à me céder ſon droit de révendication pour l'exercer à mes riſques. C'eſt ce qui réſulte de la Loi 26, ff. *de donat. inter vir. & uxor.* & de la Loi 38, §. 1, ff. *de ſolut.*

Selon nos uſages il ne ſeroit pas même néceſſaire que mon débiteur me ſubrogeât à ſon droit de révendication; la juſtice m'y ſubroge de plein droit.

Il faut expliquer à-peu-près de même la Loi 34, §. 7, ff. *de ſolut.* Voyez cette explication dans les notes ſur cette Loi, *in Pand. Juſtin, tit. de ſolut. n°.* 27.

543. Pour que le paiement ſoit valable, il ne ſuffit pas que la propriété

en ſoit transférée au créancier ; il faut, comme nous l'avons dit, qu'elle le ſoit d'une maniere irrévocable : car ce n'eſt pas la lui transférer véritablement, que de la transférer de maniere qu'il ne puiſſe pas toujours la retenir, ſuivant cette regle de droit, *quod evincitur, in bonis non eſt ;* L. 190, ff. *de R. Jur.*

Par exemple, ſi la choſe donnée en paiement étoit chargée d'hypotheques, ſoit que ce fut cette choſe elle-même qui fût due, ſoit qu'elle eût été donnée en paiement d'une ſomme, le débiteur ne ſeroit pas, par ce paiement, quitte de ſa dette, s'il ne purgeoit leſdites hypotheques ; L. 20 ; L. 69 ; L. 98, ff. *de ſolut.* Car ce paiement n'ayant pas transféré au créancier, à qui il a été fait, une propriété de la choſe qu'il pût toujours retenir, n'eſt pas un paiement valable, & n'a pas par conſéquent éteint la dette.

Si par une clauſe du contrat, le débiteur, qui s'étoit obligé à donner une certaine choſe, avoit chargé le créancier des riſques de certaines évictions de cette choſe, ou que la choſe fût déclarée par le contrat être d'une nature ſujette à une certaine eſpece d'éviction, la ſujettion à ces évictions, pourvu qu'il n'y en ait pas d'autres à craindre que celles dont on a chargé le créancier, n'empêchera pas que le paiement qui lui a été fait de cette choſe, ne ſoit un paiement valable.

§. IV.

En quel état la choſe doit-elle être payée.

544. Lorſque la dette eſt d'un corps certain & déterminé, la choſe peut être valablement payée en quelque état qu'elle ſe trouve, pourvu que les détériorations qui ſont ſurvenues depuis le contrat, ne viennent point du fait ni de la faute du débiteur, ni de celle de certaines perſonnes dont il eſt reſponſable ; telles que peuvent être ſes ouvriers, ou domeſtiques.

Si c'eſt par cas fortuit, ou par le fait d'un étranger que la choſe a été détériorée, le débiteur peut valablement la payer en l'état qu'elle ſe trouve. Il n'eſt pas obligé à davantage, ſi ce n'eſt à céder à ſon créancier les actions qu'il peut avoir contre celui qui a cauſé le dommage : & quand il ne les lui céderoit pas, le Juge y ſubrogeroit le créancier qui ſe trouve être celui qui ſouffre de ce dommage.

545. Il n'en eſt pas de même lorſque la dette eſt d'un corps indéterminé ; comme ſi un marchand de chevaux a promis par contrat de mariage à ſon gendre de lui donner un cheval pour partie de la dot de ſa fille, ſans ſpécifier quel cheval : ſi l'un de ſes chevaux eſt devenu borgne ou galleux, il ne pourra pas donner ce cheval pour s'acquitter de ſa dette, il doit en donner un qui n'ait aucun vice notable ; L. 33, *in fin.* ff. *de ſolut.* Au lieu que s'il s'étoit obligé déterminément de donner à ſon gendre un tel cheval, il s'acquitteroit de ſon obligation en le lui donnant tel qu'il ſe trouve.

Article IV.

Quand le paiement doit-il être fait.

546. Il eſt évident qu'on ne peut faire le paiement d'une choſe avant qu'elle ſoit due ; car tant qu'il n'y a pas encore de dette, il ne peut y avoir de paiement. Delà il ſuit que lorſqu'une dette eſt ſuſpendue par la condition ſous laquelle elle a été contractée, qui n'eſt pas encore accomplie, le paiement ne peut s'en faire. Non-ſeulement le débiteur ne peut être obligé de payer, ni le créancier obligé de recevoir, avant l'accompliſſement de la condition ; mais ſi le débiteur, ignorant la condition, avoit par erreur payé, il en auroit la répétition, *per conditionem indebiti* ; car il eſt vrai qu'en ce cas il auroit payé ce qu'il ne devoit pas encore. Mais ce paiement qui n'étoit pas valable, eſt confirmé & devient valable par l'accompliſſement de la condition ; car cet accompliſſement a un effet rétroactif au temps du contrat, qui en faiſant réputer la dette due dès le temps du contrat (*ſuprà n.* 220.), fait par une conſéquence néceſſaire réputer valable le paiement qui a été fait avant la condition ; L. 16, ff. *de cond. indebit.*

447. Il n'en eſt pas de même du terme de paiement que de la condition, le terme n'ayant pas l'effet de ſuſpendre la dette, mais ſeulement d'en arrêter l'exigibilité (*ſuprà, n.* 230). Le paiement fait avant le terme, eſt valable ; L. 1, §. 1, ff. *de cond. & dem.*

Cette regle ſouffre néanmoins quelques exceptions. Par exemple, ſi un teſtateur ayant légué une ſomme à un mineur pour empêcher que le tuteur ne la diſſipât, avoit ordonné qu'elle ne ſeroit payée qu'à la majorité du légataire, l'héritier débiteur du legs qui l'auroit payée avant, ne ſeroit pas libéré dans le cas de l'inſolvabilité du tuteur. *Voyez* L. 15, ff. *de ann. leg.*

Voyez ſur le terme de paiement ce que nous avons dit, *part.* 2, *chap.* 3, *art.* 3.

Article V.

Où le paiement doit-il être fait, & aux dépens de qui.

§. I.

Où le paiement doit-il être fait.

548. Lorſque par la convention il y a un lieu convenu où le paiement doit ſe faire, il doit être fait en ce lieu. S'il n'y a aucun lieu déſigné, & que la dette ſoit d'un corps certain, il doit ſe faire au lieu où eſt la choſe. Par exemple, ſi j'ai vendu à un Marchand le vin de ma récolte, c'eſt dans ma grange où eſt ce vin que je dois en recevoir le paiement : il doit l'y envoyer chercher, le charger à ſes dépens ſur ſes charettes ; le lui devant livrer où il eſt. Je ne ſuis point obligé à le déplacer, mais ſeulement à lui donner la clef de ma grange, & à ſouffrir qu'il l'enleve. Cela eſt conforme à la Loi 47, §. 1, ff. *de leg.* 1°. *Si quidem certum corpus legatum eſt. . . . ibi præſtabitur ubi relictum eſt.*

Si le débiteur, depuis le marché, avoit tranſporté la choſe du lieu où elle étoit en un autre lieu, d'où l'enlevement ſe trouveroit plus diſpendieux au créancier, le créancier pourroit prétendre par forme de dommages & intérêts, ce que l'enlevement lui coûteroit de plus qu'il ne lui auroit coûté, ſi la choſe fût reſtée au même lieu où elle étoit lors du marché; le débiteur ne devant pas par ſon fait rendre pire la condition du créancier.

549. Si la dette n'eſt pas d'un corps certain, mais d'une choſe indéterminée; comme ſi l'on me donnoit une paire de gants indéterminément, une certaine ſomme d'argent, une certaine quantité de bled, de vin, *&c.* le lieu du paiement ne peut plus être en ce cas le lieu où la choſe eſt, puiſque ſon indétermination empêche qu'on ne puiſſe aſſigner aucun lieu où elle ſoit: quel ſera-t-il donc? La Loi ci-deſſus citée, dit qu'en ce cas la choſe doit être payée au lieu où elle eſt demandée, *ubi petitur;* c'eſt-à-dire, au lieu du domicile du débiteur; Molin. *tr. de uſur. qu.* 9.

La raiſon eſt que les conventions ſur les choſes à l'égard deſquelles les parties ne ſe ſont pas expliquées, devant s'interpréter plutôt en faveur du débiteur qu'en faveur du créancier, *in cujus poteſtate fuit legem apertiùs dicere*, (*ſuprà*, *n.* 97): il ſuit de ces principes, que lorſqu'elles ne ſe ſont pas expliquées ſur le lieu où devoit ſe faire le paiement, la convention doit à cet égard s'interpréter de la maniere qui eſt la moins onéreuſe & la moins coûteuſe au débiteur.

Notre principe, que les choſes indéterminées ſont payables au domicile du débiteur, lorſqu'il n'y a aucun lieu de paiement déſigné par la convention, ſouffre une exception lorſque deux choſes concourent; ſçavoir, lorſque les demeures du créancier & du débiteur ne ſont pas beaucoup éloignées l'une de l'autre; *putà*, lorſqu'ils demeurent dans la même ville, & lorſque la choſe due conſiſte dans une ſomme d'argent, ou dans quelqu'autre choſe qui peut être portée ou envoyée ſans frais chez le créancier. Lorſque ces deux choſes concourent, le paiement doit ſe faire en la maiſon du créancier; *Molin. ibid.* Le débiteur doit en ce cas à ſon créancier cette déférence qui ne lui coûte rien: faute de payer en la maiſon du créancier, le créancier pourra faire un commandement à ſon débiteur au domicile de ſon débiteur qui en devra les frais, & le débiteur pourra payer à l'Huiſſier qui lui fait le commandement.

Quoiqu'il ſoit dit expreſſément par l'acte, que la ſomme ſera payable en la maiſon du créancier, qui, lors de l'acte, étoit dans la même ville que celle du débiteur, & à plus forte raiſon lorſqu'on ne s'eſt pas expliqué ſur le lieu du paiement, ſi depuis le contrat le créancier a transféré ſon domicile dans une autre ville éloignée de celui du débiteur, le débiteur ſera fondé à demander que le créancier éliſe domicile dans le lieu où il l'avoit lorſque le contrat a été paſſé; cette tranſlation de domicile dans un lieu où le débiteur n'a aucunes habitudes, ne devant pas lui être onéreuſe, & rendre ſa condition pire qu'elle n'étoit, ſuivant cette regle: *nemo alterius facto prægravari debet.*

Voyez ſur le lieu du paiement, ce qui a été dit ci-deſſus, *part.* 2, *chap.* 3, *art.* 4.

§. II.

Aux dépens de qui ſe fait le paiement.

550. Le paiement ſe fait aux dépens du débiteur ; c'eſt pourquoi s'il veut une quittance pardevant Notaire, c'eſt à ſes dépens que doit être paſſée la quittance.

C'eſt auſſi pour cette raiſon que celui qui a vendu du vin, doit payer au Bureau des Aides le congé néceſſaire pour le livrer.

ARTICLE VI.

De l'effet des paiemens.

551. L'effet du paiement eſt d'éteindre l'obligation, & tout ce qui en eſt acceſſoire, & de libérer tous ceux qui en ſont débiteurs ; L. 43, ff. *de ſolut.*

§. I.

Si un ſeul paiement peut éteindre pluſieurs obligations.

552. Quelquefois un ſeul paiement peut éteindre pluſieurs obligations : cela arrive lorſque la choſe qui eſt donnée en acquit d'une obligation, eſt la choſe même qui étoit l'objet d'une autre obligation.

Par exemple, ſi je ſuis convenu avec vous de vous vendre en paiement de la ſomme que vous m'avez prêtée, la choſe que je vous avois donnée en gage, ce paiement que je vous fais de cette choſe éteint en même-temps, & l'obligation réſultante du prêt que vous m'aviez fait, & celle réſultante de la vente que je vous ai faite de la choſe ; L. 44, ff. *de ſolut.* : car cette choſe que je vous paie en acquit de l'obligation réſultante du prêt d'argent que vous m'avez fait, eſt la choſe même qui fait l'objet de mon obligation réſultante de la vente que je vous ai faite.

553. Cette regle a lieu même à l'égard de différens créanciers. Par exemple, ſi j'ai payé par votre ordre dix mille livres que je vous dois à votre créancier à qui vous devez pareille ſomme, ce paiement éteint en même-temps deux obligations, & la mienne & la vôtre ; L. 64, ff. *d. tit.* Il me libere envers vous, & il vous libere envers votre créancier. Ce paiement en contient deux *juris effectu* : car c'eſt comme ſi je vous avois payé la ſomme, & que vous l'euſſiez payée enſuite à votre créancier, *celeritate conjungendarum inter ſe actionum, unam actionem ocultari* ; L. 3, §. 12, ff. *don. int. vir. & uxor.*

554. Cette regle que le paiement fait en acquit d'une obligation, éteint les autres obligations qui ont le même objet, a lieu auſſi à l'égard de différens débiteurs.

Par exemple, ſi par votre mandement j'ai prêté une ſomme d'argent à Pierre, le paiement que me fait Pierre de la ſomme que je lui ai prêtée,

éteint en même-temps, & l'obligation de Pierre, & votre obligation réſultante du mandement que vous m'aviez donné.

Ce que nous venons de dire que lorſqu'il y a des obligations, qui, quoiqu'elles procedent de cauſes différentes, ont néanmoins un ſeul & unique objet, le paiement qui eſt fait de l'une de ces obligations éteint les deux, n'a lieu que dans le cas auquel le débiteur qui a payé n'avoit pas le droit de ſe faire céder les actions du créancier contre le débiteur de l'autre obligation. Mais dans le cas contraire, lorſque celui qui a payé, avoit le droit de ſe faire céder les droits & actions du créancier contre le débiteur de l'autre obligation, il n'éteint en payant que ſon obligation; l'autre ſubſiſte, non à l'effet que le créancier puiſſe ſe faire payer une ſeconde fois, mais à l'effet qu'il puiſſe céder l'action qui en naît à celui à qui il la doit céder.

Par exemple, en retenant l'eſpece ci-deſſus rapportée, ſi par votre mandement j'ai prêté une ſomme d'argent à Pierre, nous avons vu que le paiement fait par Pierre éteignoit ſon obligation & la vôtre: mais ſi avant que Pierre m'ait payé, vous me payez vous-même cette ſomme pour vous libérer de l'obligation réſultante du mandement que vous m'avez donné, ce paiement n'éteint que votre obligation, & non celle de Pierre; parce qu'en me payant vous avez droit d'obtenir de moi la ceſſion de mes droits & actions contre Pierre, qui par conſéquent demeure obligé, non plus envers moi, qui ne puis pas exiger deux fois la même choſe, mais envers vous en conſéquence de la ceſſion de mes actions que je dois vous faire; L. 95, §. 10, ff. *de ſolut.*; L. 28, ff. *mand.*

Cette ceſſion d'actions contre le débiteur d'une différente obligation, peut ſe faire même *ex intervallo* après le paiement, en quoi elle differe de celle qui ſe fait contre les codébiteurs de la même obligation, dont nous allons parler au paragraphe ſuivant.

§. II.

Si le paiement fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation de tous les autres débiteurs de la même obligation; & de la ceſſion d'actions.

555. Si le paiement d'une obligation peut libérer les débiteurs d'une obligation différente, mais qui a le même objet, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent; à plus forte raiſon, le paiement fait par l'un des débiteurs d'une même obligation, doit libérer tous les autres débiteurs de cette obligation, ſoit qu'ils ſoient débiteurs principaux, ſoit qu'ils ſoient débiteurs acceſſoires, tels que ſont les fidéjuſſeurs.

556. Cette regle reçoit une limitation dans le cas de la ceſſion d'actions: car ſi l'un des codébiteurs ou des cautions, en payant la dette, s'eſt fait céder les droits & actions du créancier, la dette n'eſt pas cenſée éteinte vis-à-vis de ceux contre qui les actions du créancier lui ont été cédées.

On peut faire ſur cette ceſſion d'actions pluſieurs queſtions: 1°. Qui ſont ceux qui en payant une dette ont droit de ſe faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en ſont tenus? 2°. Le créancier eſt-il tellement

lement obligé à cette ceſſion d'actions, qu'il ſoit non-recevable à exiger ſa créance en tout ou en partie, de ceux à qui il étoit obligé de les céder, lorſqu'il s'eſt mis par ſon fait hors d'état de les leur pouvoir céder ? 3°. Cette ceſſion d'actions a-t-elle lieu de plein droit, ou ſi elle doit être requiſe, & quand peut-elle l'être ? 4°. Quels ſont les effets de cette ceſſion d'actions ?

Sur la premiere queſtion on doit tenir pour principe, que tous ceux qui ſont tenus d'une dette pour d'autres, ou avec d'autres par leſquels ils en doivent être acquittés, ſoit pour le tout, ſoit pour partie, ont droit, en payant cette dette, de ſe faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en ſont tenus.

C'eſt ſur ce principe que Julien décide que le fidéjuſſeur doit, en payant, obtenir la ceſſion des actions du créancier, tant contre le débiteur principal, que contre tous les autres qui ſont tenus de cette dette ; *fidejuſſoribus ſuccurri ſolet, ut ſtipulator compellatur ei qui ſolidum ſolvere paratus eſt vendere cæterorum nomina* ; L. 17, ff. *fidej.*

Par la même raiſon, le créancier ne peut refuſer à un débiteur ſolidaire, de qui il exige le total de la dette, la ceſſion de ſes actions contre les autres débiteurs ; L. 47, ff. *locat.*

Cette obligation du créancier de céder ſes actions, eſt fondée ſur cette regle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous ſommes obligés de leur accorder toutes les choſes qu'ils ont intérêt d'avoir, lorſque nous pouvons les leur accorder ſans qu'il nous en coûte rien.

Un débiteur ſolidaire ayant donc un juſte intérêt d'avoir les actions du créancier contre ſes codébiteurs ſolidaires, pour leur faire porter leur part d'une dette dont ils ſont tenus auſſi-bien que lui, le créancier ne peut les lui refuſer. Par la même raiſon, il ne les peut refuſer à une caution, & généralement à tous ceux qui étant tenus de la dette, ont intérêt de s'en faire acquitter en tout ou en partie, par ceux pour qui ou avec qui ils ſont débiteurs.

Mais lorſqu'un étranger paie une dette dont il n'étoit pas tenu, & ſans qu'il eût aucun intérêt de l'acquitter, le créancier n'eſt pas obligé, ſi bon ne lui ſemble, de lui céder ſes actions ; L. 5, *Cod. de ſolut.* ; car il n'en avoit pas beſoin, puiſque rien ne l'obligeoit à payer.

Ceci ſouffre une exception à l'égard des lettres de change. Lorſqu'un étranger pour faire honneur, ſoit au tireur, ſoit à quelqu'un des endoſſeurs, ſoit à l'accepteur, acquitte une lettre de change dont il n'eſt pas débiteur, non-ſeulement la ceſſion des actions du créancier de la lettre de change ne peut lui être refuſée ; il y eſt même ſubrogé de plein droit par l'Ordonnance de 1673, comme on le verra en notre Traité des Lettres de Change ; ce que la faveur du commerce a fait établir.

557. Sur la ſeconde queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi le créancier doit être exclus de ſa demande *per exceptionem cedendarum actionum*, contre un des débiteurs, lorſque par ſon fait il s'eſt mis hors d'état de pouvoir lui céder ſes actions contre les autres débiteurs ? Cela ne ſouffre pas de difficulté à l'égard des *mandatores pecuniæ credendæ*. Papinien le décide en termes formels en la Loi 95, §. 11, ff. *de ſolut* : *Si creditor à debitore culpâ ſuâ cauſâ cediderit*,

propè eſt ut actione mandati nihil à mandatore conſequi debeat; cùm ipſius vitio acciderit ne mandatori poſſit actionibus cedere.

La raiſon en eſt évidente: c'eſt un principe commun à tous les contrats ſynallagmatiques, que lorſque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne ſuis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre, lorſque par ma faute je manque à la mienne. Suivant ce principe, lorſque par mon ordre vous avez prêté une certaine ſomme d'argent à Pierre, & que par votre faute vous vous êtes laiſſé décheoir de l'action que vous aviez requiſe par ce prêt, que vous ne pouvez plus par conſéquent me céder, vous ne devez pas être recevable à me demander cette ſomme que je me ſuis obligé, par le contrat de mandat intervenu entre nous de vous rembourſer; puiſque de votre côté, vous vous êtes mis, par votre faute, hors d'état de pouvoir remplir l'obligation que vous aviez par ce contrat contractée envers moi, de me céder l'action que vous avez acquiſe par le prêt que vous avez fait à Pierre, en exécution de mon mandat: *V. ſuprà, n.* 445.

Doit-on décider la même choſe à l'égard des fidéjuſſeurs? Un fidéjuſſeur à qui le créancier demande le paiement d'une dette pour laquelle il s'eſt rendu caution, peut-il faire déclarer ce créancier non-recevable dans ſa demande, pour ce que ce fidéjuſſeur auroit pu répéter par la ceſſion des actions du créancier, lorſque ce créancier s'eſt mis par ſon fait hors d'état de les lui céder? La raiſon de douter eſt que je ne vois aucun texte de loix qui le décide formellement à l'égard des fidéjuſſeurs. La Loi 95, §. 11, ci-deſſus citée, qui donne cette fin de non-recevoir aux *mandatores pecuniæ credendæ*, ne me paroît pas déciſive pour les fidéjuſſeurs; car il n'y a pas même raiſon. Celui qui a prêté une ſomme d'argent à Pierre par l'ordre de quelqu'un, a, par le contrat de mandat que l'ordre qu'il a exécuté renferme, contracté une obligation formelle envers le *mandator pecuniæ credendæ*, de lui céder & de lui conſerver l'action qu'il acquerroit par le prêt qu'il feroit à Pierre en exécution du mandat. On ne peut pas dire de même à l'égard d'un fidéjuſſeur, que le créancier ait contracté envers lui l'obligation de lui conſerver & de lui céder ſes actions; le cautionnement eſt un contrat unilatéral par lequel il n'y a que la caution qui s'oblige. Si le créancier eſt obligé de céder ſes actions au fidéjuſſeur lors du paiement qu'il lui fait, ce n'eſt que la ſeule équité qui l'y oblige, parce qu'il n'a aucun intérêt de les refuſer; mais il ne doit être obligé de les céder qu'autant qu'il les a, & telles qu'il les a; & on ne doit pas lui imputer s'il ne les a pas conſervées, & s'il s'eſt mis hors d'état de les pouvoir céder. Ajoutez une autre différence que Cujas obſerve *ad l.* 21, ff. *de pact.* Celui par l'ordre de qui j'ai prêté une ſomme à Pierre, n'ayant aucune action contre Pierre, a beſoin abſolument que je lui cede mes actions contre Pierre; mais un fidéjuſſeur ayant de ſon chef une action contre le débiteur principal qu'il a cautionné, il n'a pas abſolument beſoin de la ceſſion de l'action du créancier contre le débiteur principal, quoique le ceſſion des hypotheques puiſſe lui être utile; *nec uſquàm legitur*, dit Cujas, *cogi creditorem fidejuſſori cedere actionibus ſortis.*

Non-ſeulement il n'y a pas de texte de Droit qui décide que le fidéjuſſeur puiſſe exclure le créancier de ſa demande pour le tout ou pour partie, lorſqu'il s'eſt mis par ſon fait hors d'état de pouvoir céder ſes actions, ſoit contre

le débiteur principal, ſoit contre quelqu'un des autres fidéjuſſeurs; il y en a qui paroiſſent ſuppoſer le contraire; telle eſt la Loi 22, ff. *de pactis*, où il eſt dit qu'un créancier peut avoir convention avec le débiteur principal de ne point lui demander le paiement de la dette, & ſe réſerver néanmoins de pouvoir le demander à la caution. Dans cette eſpece, le créancier peut demander à la caution le paiement de la dette, quoiqu'il ſe ſoit mis hors d'état de pouvoir lui céder ſon action contre le débiteur principal, qui eſt devenue inefficace par la convention que le créancier a eue avec ce débiteur, qui a acquis à ce débiteur l'exception *pacti*. La Loi 15, §. 1, ff. *de fidej.* paroît auſſi décider que le créancier, qui par ſon fait s'eſt mis hors d'état de pouvoir céder à l'un des fidéjuſſeurs ſes actions contre l'autre, n'étoit pas pour cela exclus aucunement de ſa demande; *Si ex duobus qui apud te fidejuſſerant in viginti, alter* NE AB EO PETERES *quinque tibi dederit vel promiſerit; nec alter liberabitur, & ſi ab altero quindecim petere inſtitueris nullâ exceptione ſummoveris*; néanmoins le créancier s'étoit mis hors d'état de pouvoir faire à celui de qui il exigeoit les quinze écus qui lui reſtoient dus, la ceſſion de ſes actions contre l'autre, par laquelle il auroit eu recours pour cinq écus. Nonobſtant ces raiſons, il faut décider que lorſque le créancier s'eſt mis par ſon fait hors d'état de pouvoir céder au fidéjuſſeur ſes actions, ſoit contre le débiteur principal, ſoit contre les autres fidéjuſſeurs, ſoit parce qu'il les a déchargés, ſoit parce qu'il a par ſa faute laiſſé donner congé de ſa demande contr'eux, le fidéjuſſeur peut *per exceptionem cedendarum actionum*, faire déclarer le créancier non-recevable en ſa demande pour ce qu'auroit pu procurer au fidéjuſſeur la ceſſion des actions que le créancier s'eſt mis hors d'état de pouvoir lui céder.

Cela ne ſouffre pas de difficulté à l'égard de l'action contre le débiteur principal: car comme nous l'avons obſervé *ſuprà*, *n.* 370, étant de l'eſſence de la caution de ne pouvoir être obligée à plus que le débiteur principal, la décharge que le créancier accorde au débiteur principal, décharge pareillement la caution; & toutes les exceptions *in rem* & preſcriptions qu'acquiert le débiteur principal, ſont acquiſes à la caution. Nous avons répondu *ſuprà*, *n.* 380, à la Loi 22, *de pactis*.

Lorſque c'eſt l'action que le créancier avoit contre un des fidéjuſſeurs, que le créancier s'eſt mis hors d'état de pouvoir céder aux autres fidéjuſſeurs, en le déchargeant ou en laiſſant donner congé de ſa demande contre lui, on doit pareillement décider qu'il doit être *per exceptionem cedendarum actionum* exclus de ſa demande contre les autres fidéjuſſeurs, non pour le total, mais pour la part pour laquelle ils auroient eu recours contre le fidéjuſſeur déchargé, ſi le créancier ne s'étoit pas mis hors d'état de leur céder ſon action contre lui. Par exemple, s'ils étoient quatre fidéjuſſeurs tous ſolvables, le créancier ne peut demander ſa dette aux trois autres, que ſous la déduction du quart pour lequel ils auroient eu recours contre celui qui a été déchargé; & ſi entre les trois autres il y en avoit un d'inſolvable, le créancier doit faire déduction aux deux ſolvables, non-ſeulement du quart pour lequel celui qui a été déchargé étoit tenu de ſon chef, mais encore du tiers qu'il eut du porter dans la portion de l'inſolvable.

La raiſon de cette déciſion eſt, que lorſque pluſieurs perſonnes ſe rendent

enſemble cautions pour un débiteur principal, elles comptent ſur le recours qu'elles auront les unes contre les autres: ce n'eſt que dans cette confiance qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auroient pas contracté ſans cela; il n'eſt donc pas juſte que le créancier les en prive par ſon fait.

Obſervez que ſi le fidéjuſſeur que le créancier a déchargé, ne s'étoit rendu caution que depuis le cautionnement des autres, ceux-ci n'auroient pas l'exception *cedendarum actionum* contre le créancier: car en contractant leur cautionnement, ils n'ont pas dû compter ſur un recours contre celui qui a été déchargé, puiſqu'il ne s'étoit pas encore rendu caution: c'eſt à ce cas qu'il faut reſtreindre la déciſion de la Loi 15, §. 1, ci-deſſus citée.

Il faut dire à l'égard des débiteurs ſolidaires ce que nous avons dit à l'égard des fidéjuſſeurs. Lorſque pluſieurs perſonnes contractent une obligation ſolidaire, elles ne s'obligent chacune au total, que dans la confiance qu'elles ont du recours qu'elles auront contre les autres, en payant le total: c'eſt pourquoi, lorſque le créancier, par ſon fait, les a privés de ce recours, en ſe mettant par ſon fait hors d'état de pouvoir céder ſes actions contre l'un d'eux qu'il a déchargé, il ne doit plus être recevable à agir ſolidairement contre les autres, ſi ce n'eſt ſous la déduction des portions pour leſquelles ils auroient eu recours contre celui qu'il a déchargé; *V. ſuprà, n.* 275.

Lorſque le créancier a laiſſé perdre quelque droit d'hypotheque ſur des biens de quelqu'un de ſes débiteurs, ſoit en manquant de s'oppoſer aux décrets qui en auroient été faits, ſoit en manquant d'interrupter les tiers acquéreurs, qui ayant acquis ſans la charge de l'hypotheque, en ont acquis la libération par la poſſeſſion de dix ou vingt ans, les codébiteurs ſolidaires, & les fidéjuſſeurs peuvent-ils oppoſer à ce créancier l'exception *cedendarum actionum*, ſur le fondement qu'il s'eſt mis hors d'état de leur céder l'action hypothécaire qui réſultoit de cette hypotheque qu'il a laiſſé perdre, & ſur laquelle action ils comptoient pour la ſûreté du recours qu'ils avoient à exercer, en payant le total contre le débiteur à qui appartenoient les biens dont le créancier a laiſſé perdre l'hypotheque? Je ne crois pas qu'ils y ſoient fondés. L'exception *cedendarum actionum* ne me paroît devoir lui être oppoſée, que lorſque c'eſt ou par un fait poſitif de ſa part qu'il s'eſt mis hors d'état de céder ſes actions contre l'un des débiteurs, en déchargeant ſa perſonne ou ſon bien; ou lorſqu'en laiſſant donner congé de la demande qu'il avoit donnée contre lui, il s'eſt rendu ſuſpect de colluſion. Mais une ſimple négligence de ſa part de n'avoir pas interrupté les acquéreurs, ou de ne s'être pas oppoſé aux décrets, ne doit pas lui être imputée, 1°. parce que n'étant obligé à la ceſſion de ſes actions que par une pure raiſon d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs & fidéjuſſeurs, aucune obligation préciſe de les leur conſerver, il ſuffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'eſt-à-dire, qu'il ne faſſe rien de contraire à cette obligation; & il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence. 2°. Les autres débiteurs & fidéjuſſeurs ont pu, auſſi-bien que lui, veiller à la conſervation du droit d'hypotheque qui s'eſt perdu: ils pouvoient le ſommer d'interrupter à leurs riſques les tiers acquéreurs, ou de s'oppoſer aux décrets. Ce n'eſt que dans ce cas auquel ils auroient mis le créancier en demeure, qu'ils peuvent ſe plaindre qu'il a laiſſé perdre ſes hypotheques:

mais lorſqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne ſont pas recevables à lui oppoſer une négligence qui leur eſt commune avec lui.

558. La troiſieme queſtion, ſi la ceſſion des actions du créancier ſe fait de plein droit, a déja été agitée *ſuprà*, *n.* 280, à l'égard des débiteurs ſolidaires. Nous y avons établi, contre l'avis de Dumoulin, qu'elle n'avoit pas lieu de plein droit, & qu'elle devoit être requiſe; mais que lorſqu'elle l'avoit été, il n'étoit pas néceſſaire dans notre Pratique Françoiſe de pourſuivre en ce cas le créancier qui ſeroit refuſant, & que la loi ſuppléoit au refus du créancier, & transféroit ſes actions à celui qui en avoit requis la ceſſion. Tout ce que nous avons dit à l'égard des débiteurs ſolidaires, a pareillement lieu à l'égard des fidéjuſſeurs.

Cette ceſſion doit être faite ou requiſe dans le temps même du paiement; ſans cela, le paiement ayant éteint la créance & les actions du créancier, on ne peut plus faire la ceſſion d'actions qui n'exiſtent plus.

Il n'y a que les *mandatores pecuniæ credendæ*, qui par une raiſon particuliere, peuvent *ex intervallo* ſe faire céder les actions du créancier. Voyez cette raiſon *ſuprà*, *n.* 445.

Obſervez qu'il y a certains cas dans leſquels la loi transfere les droits & actions du créancier en la perſonne qui a payé la dette, quoiqu'elle n'ait pas requis cette ceſſion. Ces cas ſont, 1°. lorſque quelqu'un, pour empêcher le protêt & faire honneur, a de ſon gré acquitté une lettre ou un billet de change, il eſt ſubrogé de plein droit à tous les droits & actions du créancier de la lettre ou billet de change, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 556 *in fine*.

Lorſque pendant la communauté de biens entre deux conjoints par mariage, une rente qui n'étoit due que par l'un d'eux, a été rachetée des deniers de la communauté, l'autre conjoint ou ſes héritiers ſont pour leur part en la communauté, ſubrogés de plein droit à toutes les actions du créancier, contre celui des conjoints qui étoit le débiteur de la rente, ou ſes héritiers; *Paris* 244, 245.

Voyez ce que nous en avons dit en notre Introduction au *tit.* 10 *de la Coutume d'Orléans*, *chap.* 6, §. 4.

3°. Lorſqu'un créancier hypothécaire, pour fortifier ſon droit d'hypotheque, paie à un autre créancier hypothécaire ce qui lui eſt dû par le débiteur commun, ce créancier n'a pas beſoin de requérir la ſubrogation: il eſt ſubrogé de plein droit à la créance qu'il a acquittée, & aux hypotheques & droits qui en dépendent; L. 4, *Cod. de his qui in prior.* Il eſt évident qu'il ne payoit que pour avoir cette ſubrogation. *Voyez* notre Introduction au *tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans*, *n.* 71.

A l'égard du tiers détenteur d'un héritage, qui, pour en éviter le délais, a payé la dette à laquelle ſon héritage étoit hypothéqué, s'il a manqué de requérir en payant la ſubrogation aux droits du créancier, il ne ſera pas, à la vérité, ſubrogé à tous les droits du créancier; mais il peut au moins, ſelon nos uſages, les exercer ſur cet héritage dont il eſt détenteur, contre tous les autres créanciers poſtérieurs à celui qu'il a payé. Car en libérant l'héritage de cette hypotheque, *meliorem fecit in eo fundo cæterorum creditorum pignoris cauſam*, ce qui lui donne contr'eux *exceptionem doli* pour retenir ce qu'il a payé, peut

libérer cette hypotheque : la bonne foi ne permet pas qu'ils profitent à ſes dépens de cette libération ; *dolo faciunt, ſi velint cum ejus damno locupletari.* Ce cas eſt ſemblable à celui auquel le détenteur d'un héritage ſujet à des hypotheques, y a fait des méliorations. *Voyez* notre Introduction, *ibidem*, *n.* 72.

La ceſſion d'actions, ou du moins la requiſition de cette ceſſion, eſt néceſſaire pour être ſubrogé aux créances hypothécaires, ſauf dans les cas que nous venons de rapporter. Mais à l'égard des créances auxquelles il y a un privilege perſonnel attaché, telles que celles des frais funéraires, des frais de la derniere maladie, des loyers de maiſon, & des arrérages de rentes foncieres ; du fiſc, &c. il n'eſt pas néceſſaire d'en requérir la ſubrogation ; le privilege attaché à ces créances paſſe de plein droit à ceux qui les ont acquittées, & ils l'exercent de la maniere que l'eût exercé le créancier privilégié qu'ils ont payé de leurs deniers ; *eorum ratio prior eſt creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit ;* L. 24, §. 3, ff. *de reb. auth. Jud. poſſ. alias ;* L. 9, §. 3, ff. *de privil. cred.*

559. Sur la quatrieme queſtion, quel eſt l'effet de la ceſſion des actions, il faut voir la Loi 36, ff. *de fidej.* Elle nous apprend que le paiement qui eſt fait par quelqu'un à un créancier, avec ſubrogation à ſes droits & actions, eſt réputé n'être pas tant un paiement qu'une vente, que ce créancier eſt réputé faire de ſa créance & de tous les droits qui en dépendent, à celui de qui il reçoit l'argent : *Non in ſolutum accepit, ſed quodammodò nomen debitoris vendidit*, d. L. C'eſt pourquoi la créance, ainſi acquittée, eſt, en faveur de celui qui eſt ſubrogé, réputée ſubſiſter encore avec tous les droits qui en dépendent : il peut les exercer comme auroit pu faire le créancier, duquel il eſt cenſé être le Procureur *in rem ſuam.*

Cette ſubrogation ne ſe fait pour le total, que lorſque celui qui paie, doit avoir recours pour le total ; comme lorſque celui qui paie, eſt un fidéjuſſeur qui a recours pour le total contre le débiteur principal.

Mais lorſque celui qui paie, ne doit avoir recours que pour partie, & eſt débiteur ſans recours & pour lui-même du ſurplus, la ſubrogation n'aura lieu que pour les portions pour leſquelles il peut avoir recours, & le paiement ſera pour la portion dont il eſt débiteur ſans recours, & pour lui-même un paiement pur & abſolu qui aura entiérement éteint la dette pour cette partie.

Par exemple, ſuppoſons qu'il y ait quatre débiteurs ſolidaires d'une dette ; ſi l'un d'eux, qui eſt débiteur pour le total envers le créancier, & débiteur pour un quart vis-à-vis de ſes codébiteurs, paie cette dette en entier avec ſubrogation, la ſubrogation ne peut avoir lieu que pour les trois quarts, pour leſquels il étoit débiteur ſans recours contre ſes codébiteurs ; mais pour le quart dont il doit avoir retour, le paiement fait par ce débiteur, eſt un paiement pur & abſolu qui éteint la dette pour cette partie.

560. C'eſt une grande queſtion, ſi ce débiteur peut exercer ſolidairement contre chacun de ſes codébiteurs les actions du créancier auxquels il eſt ſubrogé pour les trois quarts : nous l'avons traitée avec étendue *ſuprà*, n. 281. On peut faire la même queſtion à l'égard d'un fidéjuſſeur ſubrogé aux actions du créancier contre ſes coſidéjuſſeurs, & on la doit décider de même ; les mêmes raiſons ſe rencontrent.

Il nous reſte à obſerver que ce n'eſt que par une fiction de Droit, établie en faveur de celui qui a payé avec ſubrogation, que la créance eſt réputée ſubſiſter. Dans la vérité elle eſt payée & éteinte : car la véritable intention des parties a été de faire un paiement & non un tranſport. C'eſt pourquoi, lorſque quelqu'un en rembourſant une rente dont il étoit débiteur ſolidaire ou caution, s'eſt fait ſubroger aux droits du créancier de cette rente, il n'eſt pas ſujet aux hypotheques que les créanciers du créancier propriétaire de cette rente avoient ſur cette rente, comme le ſeroit un véritable ceſſionnaire, à qui le créancier en auroit fait un tranſport : le rembourſement qu'il en a fait, quoiqu'avec ſubrogation, étant un véritable paiement, a éteint la rente, & par conſéquent les hypotheques qui s'éteignent *rei obligatæ interitu*, la ſubrogation aux actions du créancier n'étant qu'une fiction, établie en faveur de celui qui a payé, ne peut lui être oppoſée, ſuivant la maxime, *quod in favorem alicujus introductum eſt, non debet contrà ipſum retorqueri.*

§. III.

De l'effet des paiemens partiels.

561. Réguliérement le paiement d'une partie de ce qui eſt dû, éteint la dette pour cette partie. Par exemple, ſi vous me devez dix écus, & que vous m'en payiez cinq, la dette eſt éteinte pour moitié ; L. 9, §. 1, ff. *de ſolut.*

562. Cette regle reçoit trois exceptions. La premiere, à l'égard des obligations alternatives, qui ne ſont acquittées en aucune partie par le paiement, qui eſt fait d'une partie de l'une des deux choſes dues ſous une alternative, juſqu'à ce que l'autre partie de cette même choſe ſoit payée. Par exemple, ſi un payſan a promis à ſa fille en mariage une telle vache, ou vingt écus, & qu'il paie à ſon gendre dix écus ; il n'acquitte par ce paiement aucune partie de ſon obligation, tant que la vache vivra, juſqu'à ce qu'il ait payé les dix écus reſtans. Le paiement qu'il a fait, eſt juſqu'à ce temps en ſuſpens ; & c'eſt celui des dix écus reſtans qui le validera, & acquittera totalement la dette. S'il jugeoit à propos de payer la vache, le paiement des dix premiers écus qu'il auroit fait, ſeroit nul, & il pourroit répéter cette ſomme comme payée & non due ; L. 26, §. 13, ff. *de cond. ind.*

Si après avoir payé les premiers dix écus, la vache vient à mourir, en ce cas la vache ne pourra plus être payée, & l'obligation devenant déterminée à la ſomme de vingt écus promiſe, le paiement des premiers dix écus deviendra valable, & la dette en ſera éteinte pour moitié.

563. La ſeconde exception eſt, à l'égard des obligations d'un corps indéterminé, *obligationes generis* : il faut dire, à cet égard, les mêmes choſes que nous avons dites, à l'égard des obligations alternatives. Par exemple, ſi un payſan a promis à ſa fille en mariage un cheval indéterminément, & qu'en acquit de cette obligation, il lui donne la part qu'il a dans un certain cheval qui lui eſt commun avec ſon voiſin, il n'eſt quitte en aucune partie de ſon obligation, juſqu'à ce qu'il ait pu racheter la part que ſon voiſin a dans ce cheval, & qu'il l'ait cédée à ſon gendre : juſques-là, nonobſtant le paiement

qu'il a fait de la part qu'il avoit dans ce cheval, ſon gendre peut lui demander un cheval en entier ; aux offres néanmoins de lui rendre celui qu'il lui a donné pour partie ; L. 9, §. 1, ff. *de ſolut.*

Ces déciſions ont lieu, ſoit que l'obligation alternative, ou d'une choſe indéterminée, ait été contractée par un ſeul ou par pluſieurs débiteurs, ſoit qu'elle l'ait été envers un ſeul ou pluſieurs créanciers ; L. 34, §. 1, ff. *de ſolut.* ; d. l. 26, §. 14, ff. *de cond. indeb.*

564. La troiſieme exception eſt, lorſqu'un débiteur a donné un ou pluſieurs corps certains, en paiement d'une ſomme qu'il devoit ; ſi ce paiement ſe trouvoit n'être pas valable pour une partie, par l'éviction que ſouffriroit le créancier, de partie des choſes qu'il a reçues en paiement, il n'auroit éteint la dette pour aucune partie, & le créancier pourroit, en offrant de lui rendre ce qui lui reſte des choſes qui lui ont été données en paiement, exiger la dette entiere ; parce qu'il n'auroit pas reçu ces choſes en paiement, s'il n'eût cru retenir le tout ; L. 46, *pr. &* §. 1, ff. *de ſolut.*

ARTICLE VII.

Regles ſur les imputations.

PREMIERE REGLE.

565. Le débiteur, lorſqu'il paie, a le pouvoir de déclarer ſur quelle dette il entend imputer la ſomme qu'il paie : *quoties quis debitor ex pluribus cauſis, unum ſolvit debitum, eſt in arbitrio ſolventis, dicere quod potiùs debitum voluerit ſolutum* ; L. 1, ff. *de ſolut.*

La raiſon qu'en apporte Ulpien eſt évidente, *poſſumus enim certam legem dicere ei quod ſolvimus* ; d. l.

Suivant notre regle, quoique réguliérement les intérêts doivent ſe payer avant le capital, néanmoins ſi le débiteur qui devoit capital & intérêts, en payant une ſomme d'argent, a déclaré qu'il payoit ſur le capital, le créancier qui a bien voulu recevoir, ne peut plus par la ſuite conteſter cette imputation : *reſpondi ſi qui dabat, in ſortem ſe dare dixiſſet, uſuris non debere proficere ;* L. 102, §. 1, ff. *de ſolut.*

SECONDE REGLE.

566. Lorſque le débiteur, en payant, ne fait point d'imputation, le créancier, à qui il eſt dû pour différentes cauſes, peut la faire par la quittance qu'il lui donne ; *Quoties non dicimus in id quod ſolutum ſit, in arbitrio eſt accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat* ; *dict. leg.*

Il faut, 1°. que cette imputation ait eté faite dans l'inſtant : *dummodò in re præſenti fiat, in re agendâ, ut vel creditori liberum ſit non accipere, vel debitori non dare, ſi alio nomine ſolutum quis eorum velit ; poſteà non permittitur* ; L. 2, L. 3, ff. *hoc tit.*

Il faut, 2°. que l'imputation que fait le créancier, ſoit équitable : *in arbitrio eſt accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat ; dummodò*, ajoute la Loi, *in id conſtituat*

conſtituat ſolutum, in quod ipſe ſi deberet, eſſet ſoluturus, id eſt, (1) *non in id debitum quod eſt in controverſiâ, aut in illud quod pro alio quìs fidejuſſerat, aut cujus dies nondum venerat*; d. L. 1, ff. *de ſolut.*

Bachovius, *ad Treut. t.* 2, *diſp.* 29, *th.* 3, *l. c.*, dit que cette limitation doit s'entendre en ce ſens, que tant que la choſe eſt encore entiere, tant que le débiteur n'a pas encore reçu la quittance du créancier qui renferme l'imputation, il peut refuſer l'imputation que le créancier feroit du paiement qui lui a été fait ſur celle des dettes que le débiteur a le moins d'intérêt d'acquitter, & en conſéquence exiger que le créancier, ou faſſe une imputation équitable par ſa quittance, ou lui rende ſon argent. Mais lorſque le debiteur a conſenti l'imputation, en recevant la quittance qui la renferme, il ne peut pas, ſelon Bachovius, contredire cette imputation, quoiqu'elle ſoit faite ſur la dette qu'il avoit le moins d'intérêt d'acquitter; parce que *volenti non fit injuria*, & parce qu'autrement il ne ſeroit pas vrai de dire que lorſque l'imputation n'a pas été faite par le débiteur, le choix de l'imputation eſt référé au créancier. Car, ſi on ſuppoſe que le créancier ne peut faire l'imputation que ſur la créance que le débiteur avoit le plus d'intérêt d'acquitter, & par conſéquent ſur la créance ſur laquelle de droit l'imputation ſe feroit, dans le cas auquel le créancier n'en auroit fait aucune, il s'enſuit que celle que le créancier fait, eſt inutile, & qu'il n'a pas le choix. Tel eſt le raiſonnement de Bachovius.

On peut répondre à ce raiſonnement, que pour que la regle qui réfere au créancier le choix de l'imputation, lorſque le débiteur ne la fait pas, ſoit véritable, il n'eſt pas néceſſaire que le créancier puiſſe dans tous les cas uſer de ce choix; il ſuffit qu'il puiſſe uſer de ce choix en certains cas; & il le peut, lorſque les différentes dettes dont le débiteur eſt tenu, ſont telles qu'il importe peu au débiteur que l'une ſoit acquittée plutôt que l'autre. En ce cas le créancier a le choix de l'imputation, lorſque le débiteur ne la fait pas; & au lieu que s'il n'y avoit aucune imputation de faite, elle ſe feroit ſur la dette la plus ancienne, ou ſur toutes par contribution, en cas de concurrence de dettes, comme nous le verrons ci-après, l'imputation ſe fera ſur celle ſur laquelle le créancier aura choiſi de la faire.

Suppoſons, par exemple, que je ſois votre créancier d'une ſomme de mille livres pour le prix d'un héritage que je vous ai vendu en 1760 par acte devant Notaires, plus, d'une autre ſomme de mille livres pour le prix d'un autre héritage que je vous ai vendu par acte devant Notaires en 1770: après m'avoir payé les intérêts des deux ſommes, vous me payez une ſomme de mille livres, ſans faire d'imputation ſur laquelle des deux dettes vous entendez la payer; il vous eſt indifférent ſur laquelle des deux l'imputation ſe faſſe, puiſque l'une & l'autre eſt hypothécaire, exigible, & produit des intérêts; mais il m'importe fort à moi de faire cette imputation ſur la dette de 1770, afin de conſerver mon hypotheque de 1760; car, ſi je ne faiſois pas cette imputation, ce ſeroit la dette de 1760, qui, comme la plus ancienne, ſeroit cenſée payée.

(1) C'eſt ici où doit être placée la négation qui ſe trouve déplacée dans le texte Florentin: cette correction eſt néceſſaire pour le ſens du texte.

L'autre moyen oppoſé par Bachovius, paroît plus plauſible, ſçavoir, que le débiteur qui, en acceptant la quittance qui renferme l'imputation, a conſenti à cette imputation, n'eſt pas recevable à la contredire, quelqu'intérêt qu'il eût qu'elle ſe fît ſur l'autre dette. Cependant je ne crois pas qu'on doive décider indiſtinctement qu'il n'y ſoit pas recevable : car, ſi le débiteur eſt une perſonne qui ne ſçait pas lire, ou une perſonne ſimple & ruſtique, cette imputation gliſſée dans la quittance, ne doit pas lui préjudicier, lorſque la ſomme payée égaloit ou ſurpaſſoit celle des dettes que le débiteur avoit le plus d'intérêt d'acquitter, tellement que le créancier n'auroit pu avoir aucune raiſon pour ſe diſpenſer de faire l'imputation que le débiteur avoit intérêt qui fût faite. Par exemple, je ſuppoſe qu'un payſan doit d'une part à un Procureur une ſomme de 300 liv. exigible pour le prix d'un morceau d'héritage qu'il lui a vendu, & environ une année d'intérêts ; & qu'il lui doit d'autre part, 5 ou 600 liv. pour ſalaires ; ſi ce payſan porte au Procureur une ſomme de quatre cents livres, & que ce Procureur lui donne une quittance de cette ſomme, avec mention que c'eſt à compte des ſalaires qui lui ſont dûs, il eſt évident que cette imputation qu'il fait ſur ſes ſalaires, eſt une ſurpriſe qu'il fait au débiteur, & que le débiteur eſt en droit de demander que nonobſtant ce qui eſt porté par la quittance, le paiement ſoit imputé ſur les trois cents livres qu'il devoit pour le prix de l'héritage, & que les intérêts ſoient déclarés en conſéquence avoir ceſſé du jour de la quittance. Au contraire, lorſque le créancier a pu avoir une raiſon ſuffiſante pour ſe diſpenſer de faire l'imputation ſur celle des dettes qu'il importoit le plus au débiteur d'acquitter, *putà*, parce que la ſomme payée étoit moindre que celle due pour cette cauſe ; & que le créancier n'étoit pas obligé de recevoir pour partie le paiement de cette dette ; l'imputation faite ſur une autre dette, ne peut en ce cas être contredite ; parce qu'en ce cas le créancier qui étoit maître de refuſer le paiement qui lui a été fait, ne l'a accepté qu'à la condition de l'imputation qu'il en a faite, & qui a été convenue entre lui & le débiteur.

Obſervez que lorſqu'il eſt porté expreſſément par la quittance que la ſomme eſt reçue à valoir ſur toutes les différentes créances du créancier *ex univerſo credito*, cette imputation générale n'eſt cenſée comprendre que les créances pour leſquelles le créancier a action, & non les créances purement naturelles ; L. 94, §. *fin. de ſolut.*

Cette expreſſion me paroît auſſi ne devoir comprendre que les créances dont le terme de paiement eſt échu.

Troisieme Regle.

567. Lorſque l'imputation n'a été faite ni par le débiteur, ni par le créancier, l'imputation doit ſe faire ſur celle des différentes dettes que le débiteur avoit pour-lors le plus d'intérêt d'acquitter.

Corollaire premier.

L'imputation doit ſe faire plutôt ſur la dette non conteſtée, que ſur celle qui étoit conteſtée ; plutôt ſur celle dont le paiement étoit échu, lorſque le dé-

biteur a payé, que ſur celle dont le terme n'étoit pas encore échu ; L. 3, §. 1 ; L. 103, ff. *de ſolut.*

COROLLAIRE II.

Entre pluſieurs dettes dont le terme eſt venu, l'imputation doit ſe faire plutôt ſur la dette pour laquelle le débiteur étoit contraignable par corps, que ſur les dettes purement civiles.

COROLLAIRE III.

Entre les dettes civiles, l'imputation doit ſe faire plutôt ſur celles qui produiſent intérêt, que ſur celles qui n'en produiſent point.

COROLLAIRE IV.

L'imputation doit être faite plutôt ſur une dette hypothécaire, que ſur une dette chirographaire ; L. 97, ff. *de ſolut.*

COROLLAIRE V.

L'imputation ſe fait plutôt ſur la dette pour laquelle le débiteur avoit donné des cautions, que ſur celles qu'il devoit ſeul ; *d.* L. 4, *in fine ;* L. 5, ff. *d. tit.* La raiſon eſt qu'en l'acquittant, il ſe décharge envers deux créanciers, envers ſon créancier principal, & envers ſa caution qu'il eſt obligé d'indemniſer. Or, on a plus d'intérêt de s'acquitter envers deux, qu'envers un ſeul.

COROLLAIRE VI.

L'imputation doit ſe faire plutôt ſur une dette, dont celui qui a payé étoit débiteur principal, que ſur celles qu'il devoit comme caution d'autres perſonnes ; d. L. 97 ; L. 4, ff. *d. tit.*

Tous ces Corollaires peuvent recevoir par les circonſtances, des exceptions qui ſont laiſſées à l'arbitrage du Juge.

Par exemple, quoique la dette dont le terme eſt échu, prévale pour l'imputation ſur celle dont le terme n'eſt pas échu, néanmoins ſi celle dont le terme n'eſt pas échu, devoit écheoir dans peu de jours, & qu'elle emportât contrainte par corps, je penſe qu'elle devroit prévaloir pour l'imputation, à une dette ordinaire, dont le terme étoit échu ; car il étoit de l'intérêt du débiteur d'acquitter plutôt une dette pour laquelle il ſeroit dans peu de jours contraignable par corps, quoique le terme de paiement n'en fût pas encore échu, que d'acquitter d'autres dettes ordinaires dont le terme étoit échu.

Pareillement, quoique la dette qui porte la contrainte, ſoit préférable pour l'imputation aux dettes purement civiles, néanmoins ſi le débiteur étoit un homme à qui ſa dignité & ſes richeſſes donnaſſent lieu de ſe flatter que ſon créancier n'uſeroit pas envers lui de la rigueur de cette contrainte par corps, cette dette, ſi elle ne portoit pas intérêt, devroit céder pour l'imputation, à la dette purement civile qui porteroit intérêt.

QUATRIEME REGLE.

568. Lorſque les dettes étoient d'égale nature, & telles que le débiteur n'avoit pas d'intérêt d'acquitter l'une plutôt que l'autre, l'imputation doit ſe faire ſur la plus ancienne ; *ſi nulla cauſa prægravet, in antiquiorem ;* L. 5, ff. *d. tit.*

Obſervez qu'entre deux dettes contractées le même jour, mais avec différen-

termes qui ſont l'un & l'autre échus , celle dont le terme étoit plus court, & par conſéquent échu plutôt , eſt réputée à cet égard la plus ancienne ; L. 89 , §. 2, ff. *hoc tit.*

Cinquieme Regle.

569. Si les différentes dettes étoient de même date , & toutes choſes d'ailleurs égales , l'imputation ſe fera proportionnellement ſur chacune : *Si par & dierum , & contractuum cauſa ſit , ex ſummis omnibus proportione ſolutum ;* L. 8 , ff. *de ſolut.*

Sixieme Regle.

570. Dans les dettes qui ſont de nature à produire des intérêts , l'imputation ſe fait d'abord ſur les intérêts avant le capital ; *primò in uſuras , id quod ſolvitur , deindè in ſortem , acceptò feretur ;* L. 1 , *Cod. hoc tit.*

Cela a lieu , quand même la quittance porteroit que la ſomme a été payée à compte *du principal & des intérêts , in sortem et usuras.* La clauſe s'entend en ce ſens , que la ſomme eſt reçue à compte du principal , après les intérêts acquittés ; L. 5 , §. *fin.* , ff. *de ſolut.*

Obſervez que ſi la ſomme payée excede ce qui eſt dû pour les intérêts , le ſurplus s'impute ſur le principal , quand même l'imputation auroit été faite expreſſément ſur les intérêts , ſans parler du principal ; L. 102 , §. *fin.* , ff. *de ſolut.*

Cette déciſion doit s'entendre du ſort principal exigible. Mais , ſi le débiteur d'une rente conſtituée avoit par erreur payé plus qu'il ne devoit pour les arrérages de cette rente , il auroit la répétition de ce qu'il auroit payé de plus , & il n'en pourroit pas demander l'imputation ſur le principal de la rente : car , à proprement parler , le principal d'une rente conſtituée n'eſt pas dû ; il n'eſt qu'*in facultate luitionis* , & le créancier n'eſt pas préſumé avoir conſenti le rachat de ſa rente pour partie.

571. La regle que nous avons établie , que l'imputation doit ſe faire ſur les intérêts , avant que de ſe faire ſur le principal , n'a pas lieu à l'égard de ceux qui ſont dûs par un débiteur , pour peine de ſa demeure , du jour de la demande en juſtice ; ces intérêts ſont adjugés comme des dommages & intérêts , & forment une dette diſtincte du principal ; & ce que le débiteur paie , lorſqu'il n'y a point d'imputation de faite , s'impute ſur le principal plutôt que ſur les intérêts , ſuivant le troiſieme Corollaire ci-deſſus. Telle eſt notre Juriſprudence ; Arrêt du 8 Juillet 1649 , *au premier tome du Journal des Audiences ;* autre Arrêt du 15 Juillet 1706 , *au Journal des Audiences.*

Lorſque le créancier ſe paie par lui-même du prix d'une choſe qui lui étoit hypothéquée , qu'il a fait vendre , on ne ſuit pour l'imputation d'autres regles , que celles qui ont été ci-deſſus établies.

Premiere Regle.

La premiere Regle eſt , que l'imputation doit en ce cas ſe faire ſur la dette à laquelle la choſe étoit hypothéquée , plutôt que ſur celles auxquelles elle ne l'étoit pas , quelqu'intérêt qu'eût le débiteur de les acquitter plutôt que celle-ci ; *L.* 101 , §. 1 , ff. *de ſolut.*

Nota. Lorſque la dette à laquelle la choſe étoit hypothéquée, porte intérêt, le créancier peut faire l'imputation ſur les intérêts, avant de la faire ſur le capital; *L.* 48, *d. tit.*

SECONDE REGLE.

Lorſque la choſe étoit obligée à différentes dettes, l'imputation ſe fait ſur celle dont le droit d'hypotheque étoit le plus fort. Par exemple, ſi l'une des dettes a une hypotheque privilégiée, & les autres n'ont qu'une hypotheque ſimple, l'imputation ſe fera d'abord ſur la dette dont l'hypotheque étoit privilégiée. Entre des hypotheques ſimples, l'imputation ſe fera ſur la dette dont l'hypotheque étoit la plus ancienne. Si les droits d'hypotheque étoient égaux, l'imputation doit ſe faire ſur toutes par contribution, *pro modo debiti*, L. 96, §. 3, ff. *d. tit.*

ARTICLE VIII.

De la Conſignation, & des offres du paiement.

572. La conſignation eſt un dépôt que le débiteur fait par autorité de Juſtice, de la choſe ou de la ſomme qu'il doit, entre les mains d'une tierce perſonne.

573. La conſignation n'eſt pas proprement un paiement: car le paiement renferme eſſentiellement la tranſlation de la propriété de la choſe qui eſt payée, en la perſonne du créancier, *ſuprà*, *n.* 540. Or il eſt évident que la conſignation ne transfere pas la propriété de la choſe conſignée, en la perſonne du créancier, le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la choſe qui lui eſt offerte, *dominium non acquiritur, niſi corpore & animo.* Mais quoique la conſignation qui ſe fait ſur le refus du créancier de recevoir la choſe, ou la ſomme à lui due, qui lui eſt offerte, ne ſoit pas un véritable paiement, néanmoins lorſqu'elle eſt faite valablement, elle équipolle à un paiement, & elle éteint la dette, de même que le paiement réel qui ſeroit fait au créancier, l'éteindroit: *obſignatione totius debitæ pecuniæ ſolemniter factâ, liberationem contingere manifeſtum eſt*; L. 9, *Cod. de ſolut.*

574. Pour que cette conſignation ſoit valable & équipolle à paiement, il faut qu'il n'ait pas tenu au débiteur de payer au créancier, & que le créancier ait été mis en demeure de recevoir, par des offres valables qui lui aient été faites.

Pour que les offres ſoient valables, il faut, 1°. qu'elles ſoient faites au créancier, s'il eſt capable de recevoir; ſinon à celui qui a qualité pour recevoir à ſa place, tel qu'eſt ſon tuteur, ſon curateur, &c.

S'il y avoit une perſonne indiquée par le contrat à qui le paiement pût ſe faire, les offres pourroient ſe faire à cette perſonne: car le débiteur ayant droit par la loi de la convention de payer à cette perſonne, c'eſt une ſuite de ce droit qu'il ne ſoit pas obligé d'aller chercher le créancier.

Il faut, 2°. qu'elles ſoient faites par une perſonne capable de payer: car celui qui n'eſt pas capable de payer, n'eſt pas capable d'offrir.

575. Il faut, 3°. que les offres ſoient de la ſomme entiere, à moins que les

loix de la convention n'accordent la faculté au débiteur de payer par parties : autrement les offres n'ont pu mettre en demeure le créancier, qui n'étoit pas obligé de recevoir ſa dette par parties.

576. Il faut, 4°. lorſque la dette a été contractée ſous une condition, que cette condition ſoit arrivée ; & s'il y a un terme de paiement ſtipulé en faveur du créancier, que ce terme ſoit échu : car tant que le créancier ne peut être obligé de recevoir, les offres qui lui ſont faites ne peuvent le mettre en demeure.

577. Il faut, 5°. que ces offres ſoient faites au lieu où doit ſe faire le paiement ; *ità demùm oblatio debiti liberationem parit, ſi eo loco quo debetur, ſolutio fuerit celebrata* ; L. 9, *Cod. ſolut.*

C'eſt pourquoi ſi la ſomme due eſt payable au créancier en ſa maiſon, les offres ne peuvent lui être valablement faites qu'en ſa maiſon. Si la ſomme eſt payable en un autre lieu, la ſommation peut lui être faite au domicile par lui élu en ce lieu pour recevoir : & s'il n'en a point élu, il faudra l'aſſigner à ſa perſonne ou domicile, devant ſon Juge, pour faire ordonner qu'il ſera tenu d'en élire un où le debiteur puiſſe faire ſon paiement, ſinon qu'il ſera permis au débiteur de conſigner.

Si la choſe due eſt un corps certain qui doit être livré au lieu où il ſe trouve, il faudra faire ſommation au créancier à perſonne ou domicile, de l'enlever ; & ſur cette ſommation, qui tient lieu d'offre de paiement, le débiteur pourra obtenir du Juge la permiſſion de mettre cette choſe en dépôt dans quelque lieu, s'il a beſoin des cénacles que cette choſe occupe.

578. Enfin il doit être dreſſé un acte des offres & de la ſommation faite en conſéquence au créancier de recevoir.

Cet acte de ſommation doit ſe faire par un Huiſſier ou Sergent, & être revêtu des formalités des autres exploits : il eſt d'uſage qu'il ſoit recordé de témoins pour atteſter les offres.

Cette ſommation contient auſſi aſſignation devant le Juge, ſans délai, pour faire ordonner de la conſignation : la ſentence qui ordonne de la conſignation, ſe ſignifie au créancier, avec aſſignation, pour être préſent à la conſignation chez un tel, à tel jour, à telle heure.

Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire pour la validité de la conſignation, qu'elle ait été précédée de l'Ordonnance du Juge. Quoique le débiteur par ſa ſommation, n'ait pas donné d'aſſignation devant le Juge au créancier, & qu'il lui ait déclaré ſimplement que ſur ſon refus, il alloit conſigner en tel lieu, à tel jour, à telle heure, la conſignation faite en conſéquence duement ſignifiée au créancier, eſt valable ; & le jugement qui intervient par la ſuite, & qui la confirme, a un effet rétroactif au temps où elle a été faite ; *Arrêt du 11 Août 1703, au Journal des Audiences.*

579. Cette conſignation doit ſe faire au jour & à l'heure indiquée : elle doit, pour être valable, être de la ſomme due, à moins qu'il n'y eût faculté, par la convention, de payer par parties.

On dreſſe un acte de conſignation, qui contient le bordereau des eſpeces dans leſquelles elle a été faite, & on le ſignifie au créancier.

580. L'effet de la conſignation eſt que ſi elle eſt jugée valable, le débi-

teur eſt cenſé avoir été pleinement libéré par la conſignation : & quoique *ſubtilitate juris*, il demeure propriétaire des eſpeces conſignées, juſqu'à ce qu'elles aient été retirées par le créancier, ces eſpeces ceſſent d'être à ſes riſques, & elles deviennent aux riſques du créancier, qui, de créancier qu'il étoit d'une ſomme, devient créancier deſdites eſpeces, *tanquàm certorum corporum*; & il eſt créancier, non plus de ſon débiteur qui a été pleinement libéré par la conſignation, mais il eſt créancier du conſignataire, qui, par la conſignation, s'oblige, *tanquàm ex quaſi contractu*, à reſtituer leſdites eſpeces au créancier, ſi la conſignation eſt jugée valable; ou au débiteur qui les a conſignées, ſi la conſignation eſt déclarée nulle.

De-là il ſuit que l'augmentation ou diminution qui ſurviendroit dans les eſpeces, doit être au profit ou à la perte du créancier, ſi la conſignation eſt jugée valable; car lorſque la choſe due eſt un corps certain, elle eſt aux riſques du créancier. Si la conſignation n'eſt pas jugée valable, le débiteur retirera les eſpeces telles qu'elles ſe trouvent.

En cas d'une augmentation ſurvenue ſur les eſpeces depuis la conſignation, le débiteur n'eſt pas recevable, pour profiter de cette augmentation, à vouloir retirer les eſpeces conſignées, & à ſoutenir la conſignation nulle : car nul n'eſt recevable à arguer ſa propre procédure. Les formes auxquelles le débiteur auroit manqué, étant établies en faveur du créancier, il n'y a que le créancier qui ait droit de ſe plaindre, ſi elles n'ont pas été obſervées.

Il reſte une queſtion, de ſçavoir ſi la conſignation ayant été réguliérement faite, & le débiteur ayant retiré volontairement les eſpeces par lui conſignées, cette conſignation doit être regardée comme non-avenue vis-à-vis des cautions & des coobligés de ce débiteur; & ſi en conſéquence les cautions & les coobligés demeurent obligés ? Pour la négative, on peut dire, que la conſignation ayant été faite réguliérement, a éteint la dette & libéré tous ceux qui en étoient tenus; que ces cautions & ces coobligés ayant été libérés, il ne peut être au pouvoir du débiteur de faire, en retirant les eſpeces conſignées, revivre leur obligation qui a été éteinte. On tire argument de la Loi *fin. ff. de pact.* qui décide, que lorſque le débiteur a acquis à lui & à ſes cautions, par le pact de *non petendo*, intervenu entre le créancier & lui, une exception contre l'action du créancier, il ne peut plus, en renonçant à ce pact, par une convention contraire, priver ſes cautions de l'exception qui leur a été acquiſe : à plus forte raiſon, dit-on, il ne doit pas être en ſon pouvoir de faire revivre l'obligation de ſes cautions, après qu'elles ont été libérées de plein droit par la conſignation. On ajoute que de même qu'après un paiement réel qui a éteint la dette, la reſtitution volontaire que le créancier feroit à ſon débiteur, des eſpeces qu'il lui a payées, ne feroit pas revivre la dette, de même après la conſignation qui tient lieu de paiement, & qui a la même vertu d'éteindre la dette, la reſtitution des eſpeces conſignées, faite au débiteur, ne peut pas faire revivre la dette. Nonobſtant ces raiſons, il a été jugé par un Arrêt de 1624, rapporté par Baſſet, IV, 21, 2, que la conſignation devoit être en ce cas réputée comme non-avenue; & que les cautions demeuroient obligées. Baſſet donne pour raiſon de cette déciſion, que la conſignation qui éteint la dette, n'eſt pas une conſignation mo-

mentanée, mais une consignation *quæ in suo statu permanserit*, & qui n'ait pas été retirée par le débiteur qui l'a faite. Mais ne peut-on pas répliquer que c'est une pétition de principe : car c'est précisément ce qui est en question de sçavoir, si le débiteur qui a fait une consignation dans les regles, peut la retirer au préjudice de ses cautions? Je penserois qu'on doit distinguer si la consignation a été retirée par le débiteur, avant qu'elle ait été ordonnée ou déclarée valable par le Juge, ou si elle n'a été retirée que depuis. Au premier cas, je pense que la consignation doit être regardée comme non-avenue, & que les cautions ne sont pas libérées : car la consignation n'étant pas en soi-même un paiement, c'est de l'autorité du Juge qu'elle tient la vertu qu'elle a d'équipoller à un paiement, & d'éteindre la dette. La sentence du Juge qui déclare valable une consignation, a, à la vérité, un effet rétroactif, & la consignation confirmée par cette sentence, est censée avoir éteint la dette dès l'instant qu'elle a été faite ; mais une consignation qui n'a été ni ordonnée ni confirmée par le Juge, & que le débiteur a retirée, n'a pu avoir la vertu d'éteindre la dette, ni de libérer par conséquent les cautions, & elle doit être regardée comme non-avenue. Dans le second cas, lorsque le débiteur n'a retiré les deniers par lui consignés, qu'après que la consignation a été déclarée valable, je ne pense pas que cela puisse préjudicier aux cautions & aux codébiteurs qui ont été libérés par cette consignation.

CHAPITRE II.

De la Novation.

CE Chapitre sera divisé en six Articles. Nous verrons dans le premier, ce que c'est que la novation, & quelles en sont les différentes especes. Dans le second, nous traiterons des dettes qui doivent servir de matiere à la novation. Dans le troisieme, des personnes qui peuvent faire novation. Dans le quatrieme, comment se fait la novation. Dans le cinquieme, de l'effet de la novation. Nous traiterons dans le sixieme, de la délégation qui est une espece particuliere de novation.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'est que la Novation, & quelles sont ses différentes especes.

581. La Novation est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne. L'ancienne est éteinte par la nouvelle qui est contractée en sa place : c'est pourquoi la novation est comptée parmi les manieres dont s'éteignent les obligations.

582. La novation peut se faire de trois différentes manieres, qui forment trois différentes especes de novation.

La premiere est celle qui se fait sans l'intervention d'aucune nouvelle personne ;

ſonne, lorſqu'un débiteur contracte un nouvel engagement envers ſon créancier, à la charge qu'il ſera quitte d'un précédent. Cette eſpece de novation s'appelle ſimplement *Novation.*

583. La ſeconde eſpece de novation, eſt celle qui ſe fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, lorſque quelqu'un ſe rend à ma place débiteur envers mon créancier, qui l'accepte pour ſon débiteur, & me décharge en conſéquence.

Celui qui ſe rend ainſi débiteur pour un autre qui eſt en conſéquence déchargé, s'appelle en droit *expromiſſor*; & cette eſpece de novation s'appelle *expromiſſio.*

Cet *expromiſſor* eſt très-différent de la caution qu'on appelle en droit *adpromiſſor*: car celui qui ſe rend caution pour quelqu'un, ne le décharge pas de ſon obligation, mais il y accede, & ſe rend débiteur conjointement avec lui.

584. La troiſieme eſpece de novation eſt celle qui ſe fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorſqu'un débiteur pour demeurer quitte envers ſon ancien créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier.

Il y a une eſpece particuliere de novation qu'on appelle *délégation*, qui aſſez ſouvent renferme une double novation. Nous en traiterons à l'article VI.

Nous ne dirons rien de celle qui réſultoit *ex litiſconteſtatione*; les principes du Droit Romain à cet égard n'étant plus d'uſage parmi nous.

ARTICLE II.

Des dettes qui ſont la matiere néceſſaire de la novation.

585. Il réſulte de la définition que nous avons donnée de la novation, qu'il ne peut y avoir de novation, qu'il n'y ait eu deux dettes contractées, dont l'une ſoit éteinte par l'autre qui lui eſt ſubſtituée.

De-là il ſuit que ſi la dette dont on veut faire novation par un autre engagement, eſt une dette conditionnelle, la novation ne peut avoir lieu, que lorſque la condition exiſtera; L. 8, §. 1, ff. *de novat.*

C'eſt pourquoi ſi la condition vient à manquer, il n'y aura point de novation; parce qu'il n'y aura point eu de premiere dette à laquelle la nouvelle ait pu être ſubſtituée.

Pareillement, ſi la dette conditionnelle, dont on a voulu faire novation par un autre engagement, étoit d'un corps certain; qu'avant l'exiſtence de la condition la choſe fût périe, il n'y aura pas de novation, quand même la condition exiſteroit: car la condition ne pouvant pas confirmer la dette d'une choſe qui n'exiſte pas, il n'y aura pas encore eu de premiere dette, à laquelle la nouvelle ait pu être ſubſtituée.

586. *Vice verſâ*, ſi la premiere dette ne dépendoit d'aucune condition, mais que le ſecond engagement, par lequel on a voulu faire novation de cette premiere dette, dépende d'une condition, la novation ne pourra s'accomplir que par l'exiſtence de la condition du nouvel engagement, avant l'extinction de la premiere dette.

C'eſt pourquoi il n'y aura pas de novation, non-ſeulement dans le cas auquel cette condition manqueroit, mais même dans le cas auquel, avant l'exiſtence de cette condition, la premiere dette auroit été éteinte; *putà*, par l'extinction de la choſe qui en faiſoit l'objet. Car l'exiſtence de la condition ne peut opérer la novation d'une dette qui n'eſt plus; L. 14, ff. *de novat.*

587. Le ſimple terme de paiement eſt bien différent de la condition: la dette ne laiſſe pas d'exiſter, quoique le terme de paiement ne ſoit pas encore échu. C'eſt pourquoi on peut faire novation d'une dette dont le terme de paiement n'eſt pas encore échu, par un autre engagement pur & ſimple; ou d'une dette pure & ſimple, par un autre qui contiendra un terme pour le paiement; & dans l'un & dans l'autre cas, la novation s'accomplira d'abord, ſans attendre l'échéance du terme; L. 5; L. 8, §. 1, ff. *de novat.*

588. Il eſt, à la vérité, de l'eſſence de la novation qu'il y ait deux dettes contractées, une premiere, & une ſeconde qui lui ſoit ſubſtituée; mais il ſuffit que la premiere ait précédé la ſeconde d'un pur inſtant de raiſon. La novation de la premiere dette peut ſe faire par la ſeconde, dans le même inſtant que la premiere eſt contractée.

Par exemple, ſi vous me vendez un héritage pour le prix de dix mille livres; que par le même contrat un tiers s'engage à ma place à vous payer cette ſomme, & que vous l'acceptiez pour votre ſeul débiteur: on doit ſuppoſer pendant un inſtant de raiſon, une dette que je contracte pour le prix de l'héritage que j'achete, & dont il ſe fait novation par l'engagement que contracte ce tiers de payer ce prix à ma place. Quoique cette dette que je contracte n'ait ſubſiſté pendant aucun inſtant réel, il s'en fait novation dans le même inſtant que je l'ai contractée. Voyez un autre exemple en la Loi 8, §. 2, ff. *de novat.*

589. La novation eſt valable, quelle que ſoit la premiere dette à laquelle on en ſubſtitue une nouvelle; & quelle que ſoit celle qu'on lui ſubſtitue: *non intereſt qualis præceſſit obligatio, ſeu civilis, ſeu naturalis, qualiſcumque ſit novari poteſt; dummodò ſequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter;* L. 1, §. 1, ff. *de novat.*

Il faut néanmoins que ces obligations ne ſoient pas de celles que la Loi réprouve formellement & déclare nulles; car ce qui eſt nul, ne peut être ſuſceptible d'aucun effet. *Voyez ſuprà, part. 2, ch. 2.*

ARTICLE III.

Quelles perſonnes peuvent faire novation.

590. Le conſentement que donne le créancier à la novation de la dette, étant quelque choſe d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en ſeroit fait, il ſuit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement, qui *puiſſent* faire novation de la dette.

Donc par la même raiſon, qu'on ne peut payer valablement à un mineur, à une femme non autoriſée de ſon mari, à un interdit, on doit décider que ces perſonnes ne peuvent faire novation de ce qui leur eſt dû; L. 3; L. 20, §. 1, ff. *d. tit.*

591. *Vice versâ*, celui à qui on peut payer une dette, peut auſſi ordinairement faire novation : *cui rectè ſolvitur, is etiam novare poteſt ;* L. 10, ff. *de novat.*

Il ſuit de-là qu'un créancier ſolidaire peut faire novation. Ainſi le décide Venuleïus, L. 31, §. 1, ff *de novat. & de leg.* dont la déciſion me paroît devoir être ſuivie, quoique Paul ſoit d'un ſentiment contraire; L. 27, ff. *de pactis.* Les interprêtes ont fait de vains efforts pour les concilier. *Voyez Wiſſembach, ad tit. de novat.* 10.

592. Pareillement, un tuteur, un curateut, un mari, peuvent faire novation; L. 20, §. 1; L. *fin.* §. 1, ff. *d. tit.* Un fondé de procuration générale du créancier le peut auſſi. Celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs, ne le peut, parce que ſon pouvoir étant borné à recevoir, *non debet egredi fines mandati.* Il en eſt de même de ceux qu'on appelle *adjecti ſolutionis gratiâ*, dont nous avons parlé au chapitre précédent, *art.* 2, §. 4 : ils ne peuvent faire novation; L. 10, ff. *de ſolut.* quoiqu'on puiſſe leur payer valablement.

ARTICLE IV.

Comment ſe fait la novation.

§. I.

De la forme de la novation.

593. Par le Droit Romain, la novation ne ſe pouvoit faire que par la ſtipulation. La forme de la ſtipulation n'eſt point d'uſage dans notre Droit; les ſimples conventions y ont la même force qu'avoit par le Droit Romain la ſtipulation : c'eſt pourquoi la novation ſe fait par la ſimple convention.

§. II.

De la volonté de faire novation.

594. Il faut pour la novation, une volonté de la faire dans la perſonne du créancier, ou dans celle qui a pouvoir de lui, ou qualité pour faire la novation pour lui.

Par l'ancien Droit Romain, cette volonté de faire novation ſe préſumoit facilement : mais ſuivant la conſtitution de Juſtinien en la Loi derniere, *Cod. de novat.* cette volonté de faire novation doit être expreſſément déclarée, ſans quoi il n'y a pas de novation; & le nouvel engagement qui eſt contracté, eſt cenſé fait plutôt pour confirmer le premier & pour y accéder, que pour l'éteindre.

La raiſon de cette Loi eſt que perſonne ne doit facilement être préſumé abdiquer les droits qui lui appartiennent. C'eſt pourquoi la novation renfermant une abdication que le créancier fait de la premiere créance, à laquelle la ſeconde eſt ſubſtituée, cette novation ne doit pas facilement ſe préſumer, & les parties doivent s'en expliquer.

Nous ne nous ſommes pas néanmoins attachés dans notre Juriſprudence d'une maniere tellement littérale à cette Loi, qu'il faille toujours que le créancier déclare en termes précis & formels, qu'il entend faire novation; il ſuffit que de quelque maniere que ce ſoit, ſa volonté de faire novation paroiſſe ſi évidente, qu'elle ne puiſſe être revoquée en doute. C'eſt ce qu'établit d'Argentré ſur l'article 273, de l'ancienne Coutume de Bretagne.

En voici un exemple; je ſuis créancier de Pierre d'une ſomme de mille livres: il ſe paſſe un acte entre Jacques, débiteur de Pierre & moi, par lequel il eſt dit que Jacques s'oblige envers moi à me payer la ſomme de mille livres qui m'eſt due par Pierre; & il eſt ajouté que j'ai bien voulu, *pour faire plaiſir à Pierre*, me contenter de la préſente obligation qui m'eſt ſubie par Jacques: on doit décider dans cette eſpece qu'il y a novation, & que Pierre eſt déchargé envers moi, quoiqu'il ne ſoit pas dit en termes formels & précis, que je décharge Pierre, & que j'accepte l'obligation de Jacques, en faiſant novation de celle de Pierre. Car les termes dont je me ſuis ſervi que je me *contentois* de l'obligation de Jacques *pour faire plaiſir à Pierre*, déclarent ſuffiſamment que j'ai voulu décharger Pierre, & me contenter de Jacques pour débiteur à ſa place.

Mais à moins qu'il ne paroiſſe évidemment que le créancier a eu intention de faire novation, la novation ne ſe préſume pas. C'eſt pourquoi ſi dans la même eſpece ayant fait une ſaiſie & arrêt ſur Jacques pour le fait de Pierre mon débiteur, Jacques s'eſt obligé envers moi purement & ſimplement par un acte à me payer la ſomme de mille livres qui m'eſt due par Pierre, & pour laquelle j'ai fait arrêt, ſans qu'il ait été ajouté, comme dans l'eſpece ci-deſſus, *que j'ai bien voulu, pour faire plaiſir à Pierre, me contenter de l'obligation de Jacques*, ou quelqu'autre choſe ſemblable, qui feroit connoître évidemment que j'ai voulu décharger Pierre, je ne ſerai point cenſé avoir fait de novation; & Jacques ſera cenſé avoir accédé à l'obligation de Pierre, qui demeure toujours mon obligé. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouſe, rapporté par Catelan, *tom. 2, l. 5, ch. 38.*

Pareillement ſi depuis la dette contractée, il a été paſſé quelque acte entre le créancier & le débiteur, par lequel on auroit accordé un terme pour le paiement, ou par lequel on ſeroit convenu d'un nouveau lieu pour le paiement, ou par lequel on auroit accordé la faculté au débiteur de payer à une autre perſonne que le créancier, ou de payer une choſe à la place de celle qui eſt due, ou même par lequel le débiteur ſe ſeroit obligé à payer une plus grande ſomme, ou à en payer une moindre à laquelle le créancier auroit bien voulu ſe reſtreindre; dans tous ces cas & autres ſemblables, ſuivant notre principe que la novation ne ſe préſume pas: il faut décider qu'il n'y a pas de novation, & que les parties ont ſeulement voulu modifier, diminuer, ou augmenter la dette, plutôt que de l'éteindre pour y en ſubſtituer une nouvelle, ſi elles ne s'en ſont pas expliquées.

§. III.

Si la conſtitution d'une rente pour le prix d'une ſomme due par le conſtituant, renferme eſſentiellement une novation.

595. Lorſque par une convention entre le créancier & le débiteur d'une ſomme d'argent, le débiteur a conſtitué une rente à ſon créancier pour la ſomme qu'il lui devoit, y a-t-il néceſſairement en ce cas novation ? Pluſieurs prétendent qu'il n'y a pas en ce cas de novation, lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées ; & à plus forte raiſon, lorſqu'elles ont déclaré expreſſément par la conſtitution de rente, qu'elles n'entendoient faire aucune novation. Ils prétendent que par l'acte de conſtitution de rente, le créancier ne donne pas quittance de la ſomme qui lui eſt due ; qu'il conſent ſeulement de ne pas exiger la ſomme qui lui eſt due, tant qu'on lui payera les intérêts de cette ſomme ; conſéquemment que c'eſt toujours l'ancienne dette qui ſubſiſte, quoique ſous une nouvelle modification ; c'eſt-à-dire, que d'exigible qu'elle étoit, elle eſt devenue une dette dont le principal eſt aliéné, & qui ne peut plus s'exiger, tant que le débiteur en paie les arrérages. Cette opinion me paroit ſouffrir beaucoup de difficulté : il eſt de l'eſſence du contrat de conſtitution de rente, qui eſt un contrat réel, que celui qui conſtitue la rente reçoive le prix de la conſtitution. Lorſque mon débiteur d'une certaine ſomme, *putà* de mille livres, me conſtitue pour cette ſomme cinquante livres de rente, il faut donc qu'il reçoive la ſomme de mille livres pour le prix de la rente qu'il me conſtitue, & il ne peut être cenſé la recevoir que par la quittance que je lui en donne en paiement de la rente qu'il me conſtitue. Cette conſtitution de rente renferme donc une quittance que je lui donne de cette ſomme : elle renferme une compenſation de la dette de cette ſomme dont il m'étoit débiteur, avec pareille ſomme que je devois lui donner pour prix de la rente qu'il me conſtitue : or, il eſt évident que cette quittance & cette compenſation éteint cette dette & forme une novation.

On ne peut pas dire que le principal de la rente qui m'eſt conſtituée, eſt mon ancienne créance de mille livres contre Pierre, qui continue de ſubſiſter ſous une nouvelle modification de principal de rente, au lieu de créance exigible qu'elle étoit. Car outre qu'elle a été éteinte par la conſtitution de rente, comme nous venons de le faire voir, c'eſt que la créance d'une rente eſt proprement la créance des arrérages qui en courront à perpétuité juſqu'au rachat, plutôt que du principal, qui ne pouvant pas être exigé, n'eſt pas proprement dû, & eſt *in facultate luitionis, magis quàm in obligatione.*

Ces raiſons paroiſſent concluantes pour décider qu'un acte par lequel le débiteur d'une certaine ſomme conſtitue une rente à ſon créancier pour cette ſomme, renferme eſſentiellement une novation, quand même il ſeroit porté expreſſément par l'acte, que les parties n'ont pas entendu faire aucune novation ; car une proteſtation ne peut empêcher l'effet néceſſaire & eſſentiel d'un acte. C'eſt pourquoi cette clauſe me paroit ne pouvoir avoir d'autre effet que d'empêcher l'extinction des hypotheques de l'ancienne dette, & de les trans-

férer à la nouvelle, comme cela ſe peut, ſuivant la Loi 12, §. 5, ff. *quæ potior.*

Quoique ces raiſons me paroiſſent très-fortes pour décider que l'acte par lequel une dette exigible eſt convertie en une conſtitution de rente, contient eſſentiellement une novation, néanmoins l'opinion contraire paroît avoir en ſa faveur le ſuffrage des Auteurs. On l'autoriſe par deux Arrêts qu'on prétend avoir jugé la queſtion; le premier, qui eſt du 13 Avril 1683, eſt rapporté au Journal du Palais, *tom. 2, de l'édition in-fol.*

Dans l'eſpece de cet Arrêt, Ligondez débiteur ſolidaire avec Sablon, d'une ſomme de ſix mille livres, en avoit depuis conſtitué rente, tant en ſon nom, qu'en ſe faiſant fort de Sablon; & le contrat portoit réſerve de l'obligation & des hypotheques. Le créancier ayant aſſigné Sablon, pour qu'il paſsât contrat de conſtitution, ou payât ladite ſomme de ſix mille livres: Sablon a été condamné. L'Arrétiſte infere de cet Arrêt, qu'il a été jugé qu'un débiteur d'une ſomme d'argent pouvoit conſtituer rente pour cette ſomme, ſans qu'il ſe fît novation de ſa dette. Mais je crois la conſéquence mal tirée, & que les moyens reſpectifs des parties qui ſont rapportés au Journal, ne touchent pas au point de déciſion de la cauſe. La raiſon déciſive pour laquelle Sablon a été condamné par cet Arrêt à payer, ou à paſſer contrat de conſtitution, me paroît être que Ligondez ayant paſſé contrat, tant en ſon nom que ſe faiſant fort de Sablon, & par conſéquent le créancier n'ayant conſenti à la converſion de ſa créance de ſix mille livres en un contrat de conſtitution, que ſous la condition que le contrat ſeroit paſſé par ſes deux débiteurs, la converſion de la créance de ſix mille livres en un contrat de conſtitution, la novation & l'extinction de cette créance qui devoit en réſulter, dépendoient de cette condition: c'eſt pourquoi le refus de Sablon de paſſer le contrat, faiſant manquer la condition, il n'y avoit point de novation, la créance ſubſiſtoit, & Sablon a été bien condamné par l'Arrêt à payer.

L'autre Arrêt eſt du 6 Septembre 1712, & eſt rapporté au ſixieme tome du Journal des Audiences. Dans l'eſpece de cet Arrêt, pluſieurs perſonnes avoient ſubi ſolidairement l'obligation de payer une certaine ſomme: deux avoient payé réellement chacun leur tiers, & le créancier, en le recevant, avoit réſervé la ſolidité: Lebegue & de Villemenard avoient, par un billet, promis paſſer contrat de conſtitution de rente pour le tiers reſtant, & il étoit dit par le billet, *ſans que cela pût nuire à la ſolidité:* long-temps après le créancier aſſigna Montpenſier, l'un de ceux qui avoient payé leur tiers ſous la réſerve de la ſolidité, pour qu'il eût à payer le reſtant, ou à accéder au contrat de conſtitution, & l'Arrêt l'y a condamné. Donc, dit-on, il a été jugé qu'un contrat de conſtitution de rente fait par un débiteur pour la ſomme qu'il devoit, n'emportoit pas néceſſairement novation & extinction de la dette de cette ſomme: autrement dans l'eſpece propoſée, Montpenſier codébiteur ſolidaire de la ſomme qui reſtoit due, & pour laquelle la rente a été conſtituée, auroit été libéré de cette dette par la conſtitution de rente, & n'auroit pas été condamné par l'Arrêt à payer.

Je ne ſçais pas quelle a été la raiſon ſur laquelle a été fondée la déciſion de l'Arrêt; mais pour ſauver les principes, on pourroit dire que l'Arrêt n'a pas

jugé ce qu'on en infere ; mais qu'il a plutôt jugé que par la clauſe de réſerve de ſolidité, le créancier étoit cenſé avoir appoſé à la converſion de ſa créance en un contrat de conſtitution de rente, cette condition que tous les débiteurs ſolidaires de cette dette accéderoient au contrat de conſtitution, & qu'en conſéquence le refus de Montpenſier d'y accéder, faiſant défaillir cette condition, la créance ſubſiſtoit.

§. IV.

De la néceſſité qu'il y a que quelque choſe différencie la nouvelle dette de l'ancienne.

596. Lorſqu'il ſe fait une nouvelle convention entre le même créancier & le même débiteur, ſans l'intervention d'aucune nouvelle perſonne ; quoiqu'il ſoit expreſſément déclaré par l'acte qui contient le nouvel engagement, que les parties entendent faire novation, il faut, pour que la novation ſoit valable, que cet acte contienne quelque choſe de différent de la premiere obligation qui a été contractée ; ſoit dans la qualité de l'obligation, comme ſi la premiere étoit déterminée, & la ſeconde alternative, *aut vice versâ ;* ſoit ſur les accidens acceſſoires de l'obligation, comme ſur le temps ou ſur le lieu du paiement : c'eſt auſſi une différence ſuffiſante, ſi la premiere obligation avoit été contractée ſous la caution d'une autre perſonne, ou ſous l'hypotheque de mes biens, & que par la nouvelle je m'engage ſans caution & ſans hypotheque, *aut vice versâ.*

Si le nouvel engagement fait ſans l'intervention d'une nouvelle perſonne, ne contient rien de différent du premier, il eſt évident que ce nouvel engagement eſt inutilement contracté ; *inſtit. tit. quib. mod. toll. obl.* §. 4.

597. Lorſque la novation ſe fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur, ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur, eſt une différence ſuffiſante pour rendre la novation utile, ſans qu'il ſoit néceſſaire qu'il en intervienne d'autre.

§. V.

Si le conſentement de l'ancien Débiteur eſt néceſſaire pour la novation.

598. La novation qui ſe fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, peut ſe faire entre le créancier & ce nouveau débiteur, ſans que le premier, dont la dette doit s'éteindre par la novation, y ait aucune part, & ſans qu'il y conſente : *Liberat me is qui quod debeo promittit, etiamſi nolim ;* L. 8, §. 5, ff. *de novat.* La raiſon eſt que la novation à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre choſe que l'acquittement de ſa dette, par la nouvelle que le tiers contracte en ſa place : or, on peut acquitter la dette d'un autre ſans qu'il y conſente, comme nous l'avons vu au Chapitre précédent ; *ignorantis enim & inviti conditio melior fieri poteſt ;* L. 53, *de ſolut.*

ARTICLE V.

De l'effet de la novation.

599. L'effet de la novation eſt, que la premiere dette eſt éteinte de la même maniere qu'elle le ſeroit par un paiement réel.

Lorſque l'un de pluſieurs débiteurs ſolidaires contracte ſeul un nouvel engagement avec le créancier pour faire novation du premier, la premiere dette étant éteinte par la novation, comme elle le ſeroit par un paiement réel, tous ſes codébiteurs ſont libérés auſſi-bien que lui. Pareillement, comme l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de toutes les obligations acceſſoires, la novation qui ſe fait de la dette principale éteint toutes les obligations acceſſoires, telles que celles des cautions.

Si le créancier vouloit conſerver l'obligation des autres débiteurs & des cautions, il faudroit qu'il mît pour condition à la novation que les codébiteurs & les cautions accéderoient à la nouvelle dette; auquel cas, faute par eux d'y vouloir accéder, il n'y auroit pas de novation, & le créancier conſerveroit ſon ancienne créance.

Du principe que la novation éteint l'ancienne dette, il ſuit auſſi qu'elle en éteint les hypotheques qui en étoient acceſſoires; *novatione legitimè factâ liberantur hypothecæ;* L. 18, ff. *de novat.*

Mais le créancier peut par l'acte même qui contient la novation, transférer à la ſeconde dette les hypotheques qui étoient attachées à la premiere; L. 12, §. 5, ff. *qui potior.*

Par exemple, ſi par acte de 1760 vous m'avez emprunté une ſomme de mille livres ſous l'hypotheque de vos biens, & que par un autre acte paſſé entre nous en 1770, vous ayez contracté envers moi une nouvelle obligation, & qu'il ſoit porté par l'acte qu'au moyen de cette nouvelle obligation, vous demeuriez quitte de celle de 1760, *dont les parties ont entendu faire novation ſous la réſerve des hypotheques*, je ſerai par cette clauſe conſervé dans mon ordre d'hypotheque pour ma nouvelle créance, du jour de la date de l'ancienne; L. 3, L. 21, ff. *dicto titulo.*

Obſervez que ſi la nouvelle créance étoit plus forte que la premiere, je ne ſerois conſervé dans mon rang d'hypotheque que juſqu'à concurrence de la ſomme qui m'étoit due par l'acte de 1760, cette tranſlation des hypotheques de l'ancienne créance à la nouvelle, ne devant pas être préjudiciable aux créanciers intermédiaires.

Obſervez auſſi que cette tranſlation des hypotheques de l'ancienne créance à la nouvelle, ne peut ſe faire qu'avec le conſentement de la perſonne à qui les choſes hypothéquées appartiennent. Dans l'eſpece ci-deſſus rapportée, il eſt clair que vous avez conſenti à cette tranſlation d'hypotheque, puiſque vous êtes partie à l'acte où la réſerve de ces hypotheques eſt ſtipulée. Mais ſi un tiers par acte de 1770, s'eſt obligé envers moi à me payer la ſomme que vous me deviez par l'acte de 1760, & qu'il ſoit dit qu'au moyen des préſentes la dette de 1760 demeure acquittée, *ſous la réſerve des hypotheques*, quoique la novation puiſſe ſe faire ſans que vous interveniez à l'acte; la tranſ-

lation

lation de l'hypotheque de vos biens attachée à votre dette de 1760, ne peut ſe faire à la nouvelle dette de 1770, ſi vous n'intervenez à l'acte pour la conſentir ; le nouveau débiteur à qui les choſes hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas, ſans vous à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nouvelle dette. C'eſt ce que décide Paul en la Loi 30, ff. *de novat. Paulus reſpondit, ſi creditor à Sempronio, animo novandi ſtipulatus eſſet, ita ut à primâ obligatione in univerſum diſcederetur, rursùm eaſdem res à poſteriore debitore, ſine conſenſu debitoris prioris, obligari non poſſe.*

Suivant les mêmes principes, ſi l'un d'entre pluſieurs débiteurs ſolidaires contracte envers le créancier une nouvelle obligation, & qu'il ſoit porté par l'acte, que les parties ont entendu faire novation de la premiere dette, *ſous la réſerve des hypotheques*, cette réſerve ne peut avoir d'effet que pour l'hypotheque des biens de ce débiteur, qui contracte la nouvelle dette, & non pour les hypotheques des biens de ſes codébiteurs; leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette nouvelle dette, ſans leur conſentement.

Quelque réſerve que faſſe le créancier par l'acte qui contient la novation, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent être obligés à la nouvelle, ſi elles n'y conſentent.

ARTICLE VI.

De la Délégation.

§. I.

Ce que c'eſt que la délégation, & comment elle ſe fait.

600. La Délégation eſt une eſpece de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers ſon créancier, lui donne une tierce perſonne qui, à ſa place, s'oblige envers lui, ou envers la perſonne qu'il indique.

Delegare eſt vice ſuâ alium reum dare creditori, vel cui juſſerit ; L. 11, ff. *de novat.*

Il réſulte de cette définition, que la délégation ſe fait par le concours de trois perſonnes, & qu'il en intervient quelquefois une quatrieme.

1°. Il faut le concours du déléguant, c'eſt-à-dire, de l'ancien débiteur qui donne à ſon créancier un autre débiteur en ſa place.

2°. De la perſonne du délégué qui s'oblige envers le créancier, à la place de l'ancien débiteur, ou envers la perſonne indiquée par le créancier.

3°. Du créancier, qui en conſéquence de l'obligation que la perſonne déléguée contracte envers lui, ou envers la perſonne qu'il lui indique, décharge le déléguant.

Quelquefois il intervient dans la délégation une quatrieme perſonne ; ſçavoir, celle que le créancier indique, & envers qui, ſur l'indication du créancier, & de l'ordre du déléguant, la perſonne déléguée s'oblige.

Pour qu'il y ait délégation, il faut que la volonté du créancier, de décharger le premier débiteur, & de ſe contenter de l'obligation de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier, ſoit bien marquée. C'eſt

pourquoi ſi Pierre, l'un des héritiers de mon débiteur, pour ſe décharger d'une rente envers moi, a, par un partage, chargé Jacques ſon cohéritier, de me la payer à ſa décharge, il n'y aura pas de délégation, & Pierre ne ſera pas déchargé envers moi, ſi je n'ai pas, par quelque acte, déclaré formellement que je déchargeois Pierre: ſans cela, quoique j'aie reçu de Jacques ſeul les arrérages pendant un temps conſidérable, on n'en pourra pas conclure que je l'ai accepté pour mon ſeul débiteur, à la place de Pierre, & que j'ai déchargé Pierre; *arg. l.* 40, §. 2, ff. *de pact.*

§. II.

De l'effet de la délégation.

601. La délégation renferme une novation; ſçavoir, l'extinction de la dette du déléguant, & l'obligation que la perſonne déléguée contracte en ſa place. Ordinairement même la délégation contient une double novation: car ordinairement la perſonne déléguée eſt un débiteur du déléguant, lequel, pour s'acquitter envers le déléguant de ſon obligation, contracte, de l'ordre du déléguant, une nouvelle obligation envers le créancier du déléguant. Il ſe fait en ce cas une novation, & de l'obligation du déléguant envers ſon créancier à qui le déléguant donne un autre débiteur en ſa place, & de l'obligation de la perſonne déléguée envers le déléguant, en conſéquence de celle qu'elle contracte de ſon ordre envers ſon créancier.

602. Si la perſonne déléguée n'étoit pas débitrice du déléguant, quoiqu'elle ne ſe fût obligée en ſa place envers ſon créancier, que dans la fauſſe perſuaſion qu'elle étoit débitrice du déléguant, l'obligation qu'elle auroit contractée envers ce créancier, n'en ſeroit pas moins valable, & elle ne pourroit ſe défendre de le payer; ſauf à elle ſon recours contre le déléguant, pour qu'il fût tenu de l'acquitter. Le créancier qui par l'obligation que contracte envers lui la perſonne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui étoit dû par ſon ancien débiteur qu'il a déchargé, ne doit point ſouffrir de cette erreur: *ſi per ignorantiam promiſerit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille ſuum recepit; ſed is qui delegavit, tenetur conditione;* L. 12, ff. *de novat.*

Il en ſeroit autrement, ſi celui envers qui la perſonne déléguée s'eſt obligée, n'étoit point créancier du déléguant, ſoit que le déléguant fût lui-même dans l'erreur, & qu'il crût être débiteur, ſoit qu'il voulût lui faire donation. En l'un & l'autre cas, la perſonne déléguée qui s'eſt obligée envers lui par erreur, dans la fauſſe perſuaſion qu'elle étoit débitrice du déléguant, ne ſera pas valablement obligée, & pourra ſe défendre de payer, l'erreur étant découverte; L. 7, ff. *de dol except.*; L. 2, §. 4, ff. *de donat.*

La raiſon de cette différence eſt, que dans cette eſpece-ci, celui envers qui la perſonne déléguée s'eſt obligée, *certat de lucro captando*; pendant que la perſonne déléguée, qui s'eſt par erreur obligée envers lui, *certat de damno vitando.* Or on doit plutôt ſubvenir à celui *qui certat de lucro.* C'eſt pourquoi on doit, non-ſeulement le décharger de ſon obligation contractée par erreur,

mais même lui accorder la répétition de ce qu'il auroit payé en conſéquence, ſuivant cette regle de Droit, *meliùs eſt favere repetitioni, quàm adventitio lucro.* Au contraire dans l'eſpece précédente le créancier envers qui la perſonne déléguée s'eſt obligée, *verſaretur in damno*, ſi la perſonne déléguée étoit déchargée de ſon obligation.

603. Si la perſonne déléguée ne s'oblige que ſous une condition, tout l'effet de la délégation ſera en ſuſpens, juſqu'à l'échéance de la condition : & de même qu'en ce cas il dépend de l'échéance de la condition, que la perſonne déléguée ſoit obligée, de même il dépend de l'échéance de la même condition, que le déléguant ſoit libéré de ſon obligation, laquelle ne peut être éteinte que par la nouvelle obligation de la perſonne déléguée, qui doit être ſubſtituée en ſa place. L'obligation de la perſonne déléguée envers le déléguant, dépend pareillement de cette condition : car la perſonne déléguée ne peut être libérée envers le déléguant, qu'autant qu'elle s'oblige en ſa place envers le créancier.

Quoique la perſonne déléguée ne ſoit pas libérée envers le déléguant, juſqu'à l'échéance de cette condition, néanmoins le déléguant par l'ordre duquel elle s'eſt obligée ſous condition, ne peut faire aucune pourſuite contr'elle, juſqu'à ce que cette condition ſoit faillie : car tant qu'elle peut exiſter, il eſt incertain ſi elle demeurera obligée envers lui, ou ſi elle le ſera envers le nouveau créancier : c'eſt la déciſion de la Loi 36, ff. *de reb. cred.*

§. III.

Si le Délégant eſt tenu de l'inſolvabilité du Délégué.

604. Réguliérement, lorſque la perſonne déléguée s'eſt obligée valablement envers le créancier à qui elle a été déléguée, le déléguant eſt pleinement libéré envers ce créancier, & ce créancier n'a aucun recours contre lui, dans le cas auquel le nouveau débiteur à lui délégué deviendroit inſolvable : ce créancier, en acceptant la délégation, a ſuivi la ſolvabilité du débiteur qui lui étoit délégué, *nomen ejus ſecutus eſt.*

Ce principe ſouffre exception, dans le cas auquel il auroit été convenu que le déléguant donneroit *à ſes riſques* un nouveau débiteur à ſa place. Paul décide qu'en ce cas le créancier peut agir *actione mandati contrariâ*, contre le déléguant, pour être indemniſé de la ſomme dont il n'a pu être payé par l'inſolvabilité du nouveau débiteur à lui délégué. Car lorſqu'à la priere de mon ancien débiteur, j'accepte à ſes riſques un autre débiteur à ſa place, c'eſt un contrat de mandat qui intervient entre nous ; je ſuis ſon mandataire en acceptant la délégation, & par conſéquent je dois être par lui indemniſé de ce qu'il m'en coûte pour l'avoir acceptée. Or il m'en coûte la ſomme dont je n'ai pu être payé par le débiteur délégué : j'en dois donc être indemniſé par lui.

Obſervez qu'il faut pour cela qu'on ne puiſſe me reprocher de n'avoir pas fait les diligences qui auroient pu me procurer mon paiement, pendant que le débiteur délégué étoit ſolvable : car en ce cas c'eſt ma faute ſi je n'ai pas été payé. Or ſelon les regles du contrat de mandat, un mandataire n'a d'action

pour être indemnisé, que de ce qu'il lui en a coûté sans sa faute : *Venit in actione mandati quod mandatario, ex causâ mandati abesſt inculpabiliter.*

Comme ce n'est pas la délégation par elle-même, mais le contrat de mandat qu'on suppose intervenu entre le déléguant & le créancier, qui rend le déléguant responsable de l'insolvabilité du débiteur délégué, c'est au créancier qui prétend se servir de ce contrat de mandat, à faire voir par écrit, qu'il est intervenu, & qu'il n'a accepté la délégation, qu'aux risques du déléguant. Cette convention ne se suppose point; c'est ce qui a été jugé par un Arrêt rapporté parBouvot.

Cujas ad l. 26, §. 2, ff. *mand. ad libr.* 33, *Paul ad edic.* rapporte une seconde exception à notre principe, qui est que, quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle seroit aux risques du déléguant, néanmoins si dès le temps de la délégation, l'insolvabilité du débiteur délégué étoit arrivée, & ignorée du créancier, le déléguant en devroit être tenu. Cette décision de Cujas est fondée en équité : la délégation renferme entre le déléguant & le créancier, une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part & d'autre, dans lesquelles chacun entend recevoir autant qu'il donne. L'équité de ces conventions consiste dans l'égalité : elles sont iniques, lorsque l'une des parties donne beaucoup, & reçoit peu à la place. Suivant ces principes, la délégation que vous me faites d'une créance de mille livres que vous doit Pierre insolvable, à la place d'une pareille somme dont vous m'êtes débiteur, est manifestement inique : car par cette délégation vous recevez la remise de votre dette de mille livres, laquelle remise a une valeur réelle & effective de mille livres; & pour cette valeur de mille livres que vous recevez de moi, vous me donnez une créance sur un débiteur insolvable, qui n'est de valeur de rien, ou de presque rien : il faut donc que pour réparer l'iniquité de la convention, vous soyez tenu envers moi de l'insolvabilité de ce débiteur que j'ai accepté par erreur pour mon débiteur à votre place.

Il en seroit autrement, si lors de la délégation que vous m'avez faite de ce débiteur à votre place, j'avois connoissance de l'insolvabilité. La délégation ne renferme pas en ce cas une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part & d'autre; mais elle renferme un bienfait que j'ai bien voulu vous faire, en acceptant ce débiteur à votre place, quelqu'insolvable qu'il fût. Vous ne m'avez fait aucun tort, puisqu'en connoissance de cause, j'ai bien voulu l'accepter, *volenti non fit injuria.*

Despeisses rejette le sentiment de Cujas, & prétend qu'à moins qu'il n'ait été expressément convenu que le déléguant déléguoit à ses risques, *suo periculo*, le créancier ne peut jamais se plaindre de l'insolvabilité du débiteur qui lui a été délégué, & qu'il a bien voulu accepter, quelqu'ignorance qu'il allegue en sa faveur. Sa raison est qu'autrement la délégation n'auroit jamais l'effet de libérer le déléguant, qui est l'effet qu'elle doit avoir par sa nature, puisque le créancier diroit toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué.

Ces raisons peuvent faire rejetter dans le for extérieur l'opinion de Cujas. elle me paroît indubitable dans le for de la conscience.

§. IV.

Différence entre la délégation, le transport, & la simple indication.

605. Il nous reste à observer que la délégation est quelque chose de différent du transport, aussi-bien que de la simple indication.

Le transport que fait un créancier à quelqu'un de sa créance, ne contient aucune novation : c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire, lequel même n'est à proprement parler, que le *procurator in rem suam* du créancier qui la lui a cédée. D'ailleurs ce transport ne se passe qu'entre deux personnes, le cédant & le cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le consentement du débiteur intervienne.

Nous traiterons du transport dans notre Traité du Contrat de Vente, *part.* 6, *ch.* 3.

La novation differe aussi de la simple indication.

Lorsque j'indique à mon créancier une personne de qui il recevra le paiement de la somme que je lui dois, & sur laquelle pour cet effet je lui donne une rescription, cet acte ne contient qu'un simple mandat. Il ne contient ni un transport, ni une novation ; je demeure toujours le débiteur de mon créancier ; la personne que je lui indique, & sur qui je lui donne une rescription, ne le devient pas à ma place.

Pareillement, lorsqu'un créancier indique à son débiteur une personne à qui il pourra payer, cette indication ne contient aucune novation ; le débiteur ne devient pas le débiteur de la personne à qui on lui indique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant. Voyez sur cette espece d'indication, *suprà*, *ch.* 1, *art.* 2, §. 4.

CHAPITRE III.

De la remise d'une Dette.

606. LA remise que fait le créancier de la dette, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations ; car elle libere de plein droit.

ARTICLE PREMIER.

Comment se fait la remise de la dette.

§. I.

Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention.

607. Selon les principes du Droit Romain, il y avoit sur ce point une différence entre les obligations civiles qui résultoient des contrats consensuels, &

qui ſe contractoient par le ſeul conſentement des parties, & entre les autres obligations civiles qui réſultoient des contrats réels, ou de la ſtipulation. A l'égard de celles qui ſe contractoient par le ſeul conſentement des parties, la remiſe pouvoit s'en faire par une ſimple convention, par laquelle le créancier convenoit avec le débiteur de l'en tenir quitte, & cette convention éteignoit de plein droit l'obligation; L. 35, ff. *de R. juris.* A l'égard des autres obligations civiles, pour que la remiſe que le créancier en faiſoit au débiteur, pût éteindre de plein droit l'obligation, il falloit avoir recours à la formalité de l'acceptilation, ou *ſimple*, ſi l'obligation réſultoit d'une ſtipulation, ou *Aquilienne*, ſi elle réſultoit d'un contrat réel; *Voyez tit. de acceptil. in Inſtit. & Pandect.* La ſimple convention par laquelle le créancier étoit convenu avec le débiteur de le tenir quitte, n'éteignoit pas de plein droit ces obligations; mais elle donnoit ſeulement au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre l'action du créancier qui auroit demandé le paiement de la dette, contre la foi de la convention.

Cette diſtinction & ces ſubtilités ne ſont pas reçues dans notre Droit François: nous n'y connoiſſons pas la forme de l'acceptilation, & toutes les dettes quelles qu'elles ſoient, & de quelque façon qu'elles aient été contractées, s'éteignent de plein droit par la ſimple convention de remiſe, entre le créancier & le débiteur, pourvu que le créancier ſoit capable de diſpoſer de ſon bien, & que le débiteur ne ſoit pas une perſonne à qui il ſoit défendu au créancier de donner.

C'eſt pourquoi tout ce qui eſt dit au titre du ff. *de accept.* ſur la forme de l'acceptilation, ne reçoit aucune application dans notre Droit François, & notamment que l'acceptilation ne peut ſe faire ſous une condition; L. 4, ff. *de acceptilat.*

Parmi nous rien n'empêche qu'un créancier puiſſe faire dépendre d'une condition la remiſe qu'il fait de la dette; & l'effet d'une telle remiſe eſt de rendre la dette conditionnelle, de même que ſi elle eût été contractée ſous une condition contraire.

§. II.

En quel cas préſume-t-on une remiſe tacite.

608. La remiſe de la dette peut ſe faire non-ſeulement par une convention expreſſe, mais auſſi par une convention tacite qui réſulte de certains faits qui la font préſumer. Par exemple, ſi le créancier a rendu au débiteur ſon billet ou le brevet d'obligation, il eſt préſumé lui avoir remis la dette: *ſi debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conveniſſe, ne peterem;* L. 2, §. 1, ff. *de pact.*

Si le billet étoit ſouſcrit par pluſieurs débiteurs ſolidaires, & que le créancier l'eût rendu à l'un d'eux, quelques Docteurs cités par Bruneman *ad* L. 2, ff. *de pact.* ont penſé que la reſtitution du billet ne devoit en ce cas faire préſumer qu'une décharge perſonnelle de la dette, que le créancier a bien voulu accorder à celui à qui il a remis le billet. Il me paroît au contraire qu'on doit préſumer qu'il a entendu remettre & éteindre entiérement la dette; car s'il

n'eût voulu décharger que l'un des débiteurs, il auroit retenu le billet qui lui auroit été néceſſaire pour faire payer les autres.

609. La poſſeſſion en laquelle le débiteur ſe trouve du billet, fait-elle préſumer que le créancier le lui a rendu? Boiceau, après quelques anciens Docteurs, fait une diſtinction: il dit que ſi le débiteur allegue qu'il a payé, la poſſeſſion en laquelle il eſt du billet, fait préſumer le paiement, & que le billet lui a été rendu comme acquitté, à moins que le créancier ne prouve le contraire: mais s'il allegue que le créancier lui a remis la dette, la poſſeſſion en laquelle il eſt du billet, n'eſt pas ſelon lui ſuffiſante, & il doit prouver que le créancier lui a volontairement remis & rendu ſon billet; parce que la remiſe eſt une donation qui ne ſe préſume point, ſuivant cette regle, *nemo donare facilè præſumitur*, & que d'ailleurs c'eſt une convention qui doit, ſuivant l'Ordonnance, s'établir par écrit. Je ne crois pas cette diſtinction ſolide, & je penſe qu'on doit indiſtinctement décider que la poſſeſſion du billet par le débiteur, doit faire préſumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté ou comme remis; à moins que le créancier ne juſtifie le contraire; *putà*, que le billet lui a été volé. En vain dira-t-on que la donation ne ſe préſume pas; car cela veut dire qu'elle ne ſe préſume pas facilement, & ſans qu'il y ait un ſujet ſuffiſant pour la préſumer: or ſuivant la loi citée, il y a un ſujet ſuffiſant de préſumer la donation & remiſe de la dette, lorſque le créancier a remis le billet au débiteur; & la poſſeſſion du billet par le débiteur, doit auſſi faire préſumer que le créancier le lui a rendu, puiſque c'eſt la voie naturelle par laquelle la poſſeſſion en a pu paſſer de la perſonne du créancier en laquelle il étoit, en celle du débiteur. L'argument tiré de l'Ordonnance qui veut que les conventions dont l'objet excede cent livres, ſe prouvent par écrit, n'eſt pas meilleur. L'Ordonnance n'a voulu exclure par-là que la preuve teſtimoniale, & non pas les préſomptions réſultantes des faits avoués par les parties.

La diſtinction de Boiceau ſur la qualité de la perſonne du débiteur, eſt plus plauſible. Si le débiteur étoit le facteur du créancier, ou autre domeſtique à portée de ſe ſaiſir du billet, la poſſeſſion en laquelle il ſeroit du billet pourroit n'être pas une préſomption ſuffiſante, ni de la remiſe ni même du paiement de la dette. *Idem*, ſi c'étoit un voiſin chez lequel le créancier eût porté ſes effets, dans le cas d'un incendie.

Ce qui eſt décidé à l'égard d'un billet ou d'un brevet d'obligation, ne doit pas s'étendre à la groſſe d'un contrat de conſtitution, ou d'une obligation dont il y a une minute. Quoique cette groſſe ſe trouve entre les mains du débiteur, il n'en réſulte pas une préſomption ſuffiſante du paiement ou de la remiſe de la dette, à moins que d'autres circonſtances ne concourent: car la minute qui demeure chez le Notaire, & qui n'eſt pas quittancée, réclame en faveur du créancier, à qui la groſſe a pu être volée, ou qui ſe fiant à la minute, a pu s'en déſaiſir, & la confier au débiteur.

610. La reſtitution que le créancier a faite au débiteur, des choſes qu'il lui avoit données en nantiſſement de ſa dette, ne fait pas non plus préſumer la remiſe ni le paiement de la dette; L. 3, ff. *de pact.* Car il a pu en cela n'avoir d'autre intention que de lui remettre le nantiſſement, & non de lui remettre la dette.

611. Un créancier eſt préſumé avoir remis la ſolidité à des débiteurs ſolidaires, lorſqu'il les a admis à payer ſeulement leur part; *V. ſuprà, n.* 277, *& ſuiv.*

612. Lorſqu'aprés un contrat ſynallagmatique fait entre nous, avant qu'il ait été exécuté ni de part ni d'autre, il intervient entre nous une nouvelle convention, par laquelle il eſt dit que je vous décharge de ce contrat, vous êtes cenſé pareillement m'avoir déchargé tacitement de l'obligation réciproque que j'avois contractée envers vous. Par exemple, ſi après que vous m'avez vendu une choſe, nous convenons que je vous décharge de la vente que vous m'avez faite, vous êtes cenſé m'avoir pareillement déchargé de mon achat; L. 23, ff. *de accept.*

613. Le défaut de réſerve d'une dette, dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de préſomption de la remiſe de la dette dont il n'a point fait de réſerve; L. 29, ff. *de oblig. & act.*

Pareillement, ſi dans un compte entre deux parties qui étoient en relation de commerce, l'une d'elles n'a pas compris un article de créance qu'elle avoit contre l'autre, il n'en réſulte aucune préſomption de la remiſe de cette créance: on préſumera au contraire que c'eſt une omiſſion faite par oubli, qui n'empêchera point le créancier d'exiger ſa dette, nonobſtant le compte dans lequel elle n'a point été compriſe.

Néanmoins il peut réſulter une préſomption de remiſe de la dette non employée dans les comptes, lorſque trois circonſtances concourent; 1°. lorſque le créancier & le débiteur étoient unis par les liens du ſang, ou d'une amitié très-étroite; 2°. lorſqu'il ne s'eſt pas fait pour un ſeul compte entre les parties, mais pluſieurs dans aucuns deſquels la dette n'a été employée; 3°. enfin lorſque le créancier eſt mort ſans l'avoir demandée. Du concours de ces trois circonſtances, Papinien fait réſulter une préſomption ſuffiſante de la remiſe de la dette. C'eſt la déciſion de la célebre loi *Procula* 26, ff. *de probat.*

§. III.

Si la remiſe peut ſe faire par la ſeule volonté du Créancier, ſans convention.

614. Nous avons vu que la remiſe d'une dette peut ſe faire valablement par une convention expreſſe ou tacite entre le créancier & le débiteur: quelques Auteurs penſent qu'elle peut ſe faire par la ſeule volonté du créancier, qui déclareroit qu'il fait la remiſe, pourvu qu'il ſoit capable de diſpoſer de ſes biens. C'eſt le ſentiment de Barbeyrac en ſes notes ſur Pufendorf. Sa raiſon eſt, que toute perſonne qui a la diſpoſition de ſes biens, peut, par ſa ſeule volonté, répudier les droits qui lui appartiennent, & qu'elle les perd en les répudiant. Paul en la Loi 2, §. 1, ff. *pro derel.* décide expreſſément que nous pouvons par notre ſeule volonté répudier & perdre le droit de domaine d'une choſe corporelle qui nous appartient. Par la même raiſon, nous pouvons par notre ſeule volonté, répudier le droit de créance que nous avons contre notre débiteur: & comme il ne peut y avoir de dette, ſans un droit de créance

au

au profit de celui envers qui elle eſt contractée, la répudiation & l'abandon que le créancier fait de ſon droit de créance, entraîne néceſſairement l'extinction de la dette. Suivant ces principes, ſi un créancier d'Orléans a écrit à ſon débiteur de Marſeille une lettre, par laquelle il lui marque qu'il lui fait remiſe de ſa dette ; quoique le débiteur ſoit mort depuis la lettre écrite, mais avant qu'elle lui ſoit parvenue, & qu'ainſi on ne puiſſe dire qu'il ſoit intervenu aucune convention entre le créancier & lui, néanmoins ſuivant les principes de Barbeyrac, il faudra décider que la dette eſt éteinte, & que le créancier qui a par cette lettre déclaré ſa volonté de répudier ſa créance, n'eſt pas recevable à la demander aux héritiers du débiteur.

Je ne crois pas que ce ſentiment de Barbeyrac puiſſe être ſuivi dans la pratique. Je conviendrai volontiers avec lui, qu'en ſuppoſant un cas métaphyſique, un créancier qui auroit une volonté abſolue d'abdiquer ſon droit de créance, pourroit par ſa ſeule volonté l'éteindre: mais lorſqu'un créancier déclare qu'il fait remiſe à ſon débiteur de ſa dette, ce n'eſt pas cette volonté abſolue d'abdiquer ſa créance qu'on doit ſuppoſer en lui, mais plutôt la volonté d'en faire don à ſon débiteur. Or comme tout don exige une acceptation du donataire, on doit penſer que ce créancier n'a entendu vouloir abdiquer ſon droit, que lorſque la remiſe & le don qu'il entend faire à ſon débiteur, auroient reçu leur perfection par l'acceptation de ce débiteur. C'eſt pourquoi dans l'eſpece propoſée, je penſe qu'on doit décider contre le principe de Barbeyrac, que la remiſe d'une dette portée par une lettre, ne doit avoir aucun effet, ſi le débiteur à qui on faiſoit la remiſe, eſt mort avant que la lettre lui ſoit parvenue.

Quand même le principe de Barbeyrac devroit être ſuivi, ce ne pourroit être que lorſque la remiſe eſt pure & ſimple. Lorſqu'elle eſt faite ſous certaines conditions, il eſt évident qu'elle ne peut avoir d'effet avant que le débiteur ait accepté les conditions.

§. IV.

Si la remiſe peut ſe faire pour partie.

615. La remiſe d'une dette peut ſe faire pour le total ou pour partie. Les Loix Romaines exceptoient à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la choſe due n'étoit pas ſuſceptible de parties. Par exemple, ſi je m'étois obligé envers vous d'impoſer ſur mon héritage un certain droit de ſervitude pour l'utilité du vôtre, l'acceptilation de cette dette ne pouvoit ſe faire par parties ; L. 13, §. 1, ff. *de acceptil.* Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette ne puiſſe être remiſe pour partie, *putà* pour la moitié, le tiers, &c. ; & l'effet de cette remiſe ſera que vous ne pourrez exiger de moi ce droit de ſervitude, qu'en me faiſant raiſon de la moitié du prix, ou du tiers, &c.

ARTICLE II.

Des différentes eſpeces de remiſes.

On peut diſtinguer deux différentes eſpeces de remiſes, qu'un créancier peut faire de ſa dette; l'une que nous appellons *remiſe réelle*, l'autre que nous appellons *décharge perſonnelle.*

§. I.

De la remiſe réelle.

616. La remiſe réelle eſt lorſque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée; ou lorſqu'il en donne quittance comme s'il en avoit reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu.

Cette remiſe équipolle au paiement, & fait que la choſe n'eſt plus due; & par conſéquent elle libere tous ceux qui en étoient débiteurs, ne pouvant plus y avoir de débiteurs, lorſqu'il n'y a plus de choſe due.

§. II.

De la décharge perſonnelle.

617. La remiſe ou décharge perſonnelle, eſt celle par laquelle le créancier décharge ſimplement le débiteur de ſon obligation. Cette décharge *magis eximit perſonam debitoris ab obligatione quàm extinguit obligationem:* elle n'éteint la dette qu'indirectement dans le cas auquel le débiteur à qui elle ſeroit accordée, ſeroit le ſeul débiteur principal; parce qu'il ne peut y avoir de dette ſans débiteur.

Mais s'il y a deux ou pluſieurs débiteurs ſolidaires, la decharge accordée à l'un, n'éteint pas la dette; elle ne libere que celui à qui elle eſt accordée, & non ſon codébiteur. La dette eſt éteinte néanmoins pour la part de celui à qui la décharge eſt accordée, & l'autre ne demeure obligé que pour le ſurplus. La raiſon eſt que ſi chacun devoit le total, ce n'étoit qu'à condition que le créancier lui céderoit ſes droits & actions contre l'autre. Le créancier s'étant mis par ſon fait hors d'état de les céder contre celui qu'il a déchargé, l'autre n'en doit pas ſouffrir, comme nous l'avons vu, *ſuprà, n.* 557, *pag.* 276.

La décharge accordée au débiteur principal emporte celle de ſes cautions; car il ſeroit inutilement déchargé, ſi les cautions ne l'étoient pas; puiſque les cautions étant obligées de payer, auroient recours contre ce débiteur: d'ailleurs il ne peut y avoir de caution ſans un débiteur principal. Cette regle reçoit néanmoins une eſpece d'exception à l'égard des contrats d'atermoiement, *ſuprà*, *n.* 380.

Contra vice verſâ, la décharge accordée à la caution, ne décharge pas le débiteur principal: car l'obligation de la caution dépend bien de celledu débiteur principal; mais celle du débiteur principal ne dépend pas de celle

de la caution : il ne peut y avoir de caution ſans débiteur principal ; mais il peut y avoir un débiteur principal, ſans qu'il y ait de caution.

La décharge perſonnelle accordée à une caution, ne décharge pas non plus ſes cofidéjuſſeurs ; L. 23, ff. *de pact.* ; L. 15, §. 1, ff. *de fidejuſ.* Néanmoins ſi les cofidéjuſſeurs ont pu compter ſur le recours qu'ils auroient en payant, contre cette caution que le créancier a déchargée, ayant contracté leurs cautionnemens avec elle ou depuis elle, il eſt équitable que la décharge accordée à cette caution les libere, quant à la part pour laquelle en payant ils auroient eu recours contre cette caution, ſi elle n'eût pas été déchargée. Le créancier n'ayant pu en déchargeant cette caution, & en les privant de ce recours, leur préjudicier, ils peuvent en ce cas oppoſer pour cette part au créancier l'exception *cedendarum actionum*, comme nous l'avons vu, *ſuprà*, *n.* 557.

Cette déciſion que la décharge accordée à une caution ne libere ni le débiteur principal, ni les cofidéjuſſeurs, a lieu, quand même le créancier auroit reçu une ſomme d'argent de la caution pour la décharger de ſon cautionnement. Le débiteur principal ne ſera pour cela déchargé de rien : car cette ſomme n'eſt pas donnée en paiement & pour venir en déduction de la dette ; mais elle eſt donnée pour le prix de la décharge du cautionnement.

§. III.

Si le Créancier peut licitement recevoir quelque choſe d'une caution pour la décharger, ſans l'imputer ſur la dette ; & pluſieurs queſtions qui en dépendent.

618. Ce que nous venons de dire conduit à la célebre queſtion de ſçavoir, ſi lorſqu'une perſonne s'eſt rendue caution envers moi pour un débiteur, à qui j'ai preté une ſomme d'argent, je puis non-ſeulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conſcience, recevoir quelque choſe de la caution pour la décharge de ſon cautionnement, & exiger enſuite du débiteur principal la ſomme entiere que je lui ai prêtée, ſans rien imputer de ce que j'ai reçu de la caution ? Dumoulin en ſon Traité *de uſur. q.* 34, décide que je le puis licitement, pourvu que lorſque j'ai déchargé la caution, il y eût ſujet de craindre l'inſolvabilité du débiteur principal. Je ne commets en ce cas aucune uſure ; car l'uſure conſiſte à recevoir quelque choſe au-delà de la ſomme prêtée pour le prix & la récompenſe du prêt ; elle conſiſte à tirer un lucre d'un office qui doit être gratuit. Mais dans cette eſpece la ſomme que j'ai reçue de la caution, & que je me trouve avoir outre la ſomme que j'ai prêtée, qui m'a été depuis rendue en entier, n'eſt pas une ſomme que j'ai reçue pour le prix & pour la récompenſe du prêt que j'ai fait : je l'ai reçue pour une cauſe toute différente : le riſque de l'inſolvabilité du débiteur qui étoit à craindre, étoit un riſque qui devoit tomber ſur la caution & non ſur moi ; je veux bien prendre ce riſque ſur moi, & en décharger la caution ; je ne ſuis pas obligé de le faire pour rien ; ce riſque eſt appréciable, & je puis licitement recevoir une ſomme pour le prix de ce riſque. *Finge*, j'étois créancier de Pierre d'une ſomme de 12000 livres,

vous étiez ſa caution; les affaires de Pierre ſe dérangeoient, & il y avoit lieu de craindre qu'il n'y eût moitié à perdre ſur ce qu'il devoit, & peut-être plus; ce riſque vous regardoit: vous m'offrez 3000 liv. pour que je me charge de ce riſque en vous déchargeant de votre cautionnement; j'accepte vos offres: il arrive depuis que les affaires de Pierre ſe rétabliſſent & qu'il me paie entiérement; je gagne les trois mille livres que j'ai reçues de vous; ce gain eſt très-licite; il eſt le prix du riſque dont j'ai bien voulu me charger à votre place, d'en perdre ſix & peut-être davantage; le débiteur principal ne peut s'en plaindre, ni vous: le débiteur principal ne le peut; car il n'y a aucun intérêt, il n'a payé que ce qu'il me devoit, & rien au-delà: vous ne pouvez pas non plus vous en plaindre; car ſi vous m'avez donné trois mille livres, excédant la ſomme qui m'étoit due, je vous en ai donné l'équivalent en me chargeant à votre place du riſque d'en perdre ſix, ou plus; c'eſt un contrat aléatoire qui eſt intervenu entre nous, qui eſt auſſi licite que les contrats d'aſſurance de mer. On oppoſera peut-être que c'eſt un principe en matiere de prêt, que le riſque de l'inſolvabilité du débiteur, ne peut donner droit au créancier de recevoir rien au-delà du principal qui lui eſt dû: je réponds que ce principe n'eſt vrai que vis-à-vis du débiteur; le riſque qu'un créancier court de perdre la ſomme qu'il lui prête, par ſon inſolvabilité, ne peut lui donner droit d'exiger de lui rien au-delà de cette ſomme; parce que ce débiteur payeroit cela en pure perte pour lui, il ne reçoit rien à la place: d'ailleurs ſa pauvreté doit être une raiſon pour le ſoulager, plutôt que pour le charger; mais le riſque de l'inſolvabilité du débiteur peut donner droit au créancier, de recevoir quelque choſe d'un tiers qui eſt chargé de ce riſque, lorſque le créancier s'en eſt chargé en ſa place; car ce tiers reçoit quelque choſe pour ce qu'il donne, ſçavoir la décharge du riſque.

Lorſqu'il n'y a aucun ſujet de craindre l'inſolvabilité du débiteur, en ce cas Dumoulin décide, *ibidem*, que le créancier ne peut licitement rien recevoir de la caution pour la décharger de ſon cautionnement. On oppoſera contre cette déciſion, que le droit que j'avois contre la caution, étoit un droit qui étoit *in bonis* qui faiſoit partie de mes biens; je lui donne ce droit, lorſque je lui en fais remiſe; pourquoi ne me ſera-t-il pas permis de recevoir d'elle quelque choſe à la place de ce que je lui donne? Je réponds que ſelon les regles de la juſtice commutative, je ne puis exiger à la place de la choſe que j'ai donnée, que l'équivalent de cette choſe, c'eſt-à-dire, ce à quoi elle eſt appréciable: ſi elle n'eſt appréciable à rien, je ne puis rien exiger pour cette choſe: or, tel eſt dans cette eſpece le droit que j'ai contre la caution dont je lui fais don & remiſe. *Finge*, j'ai une bonne créance de cent piſtoles contre Pierre: il n'y a aucun ſujet de craindre ſon inſolvabilité; il y a des biens-fonds de valeur de plus de dix fois autant qui y ſont hypothéqués; vous étiez ſa caution, je vous décharge de votre cautionnement; à quoi peut s'apprécier le droit qui réſultoit de ce cautionnement? Ma créance avec tous les droits qui en réſultoient, valoit cent piſtoles & rien de plus: ſans votre cautionnement dont je vous ai fait don & remiſe, ma créance vaut encore la ſomme entiere de cent piſtoles, puiſqu'on la ſuppoſe bien aſſurée; par conſéquent le droit dont je vous ai fait remiſe n'eſt appréciable à rien; en vous le remettant, je ne

ſouffre aucune diminution dans mes biens, & par conſéquent je ne puis licitement rien recevoir à la place.

Obſervez que lorſqu'une caution a donné quelque choſe au créancier pour être déchargée de ſon cautionnement, on doit préſumer dans le for extérieur qu'il y avoit lieu de craindre l'inſolvabilité du débiteur : car on n'eſt pas préſumé donner ſans ſujet ce qu'on donne ; *nemo res ſuas jactare facilè præſumitur.*

Quand même il ſeroit pleinement juſtifié qu'il n'y avoit aucun ſujet de craindre, que le débiteur devînt inſolvable, lorſque la caution a donné de l'argent pour être déchargée de ſon cautionnement, la caution dans le cas auquel la dette ne ſeroit pas encore acquittée, n'auroit la répétition de ce qu'elle a donné, qu'aux offres qu'elle feroit de demeurer obligée, comme elle l'étoit avant la décharge qui lui a été donnée ; *Molin. ibidem.*

La caution pourroit auſſi en ce cas offrir de payer la dette, en imputant & faiſant déduction de ce qu'elle a donné ſans ſujet pour être déchargée de ſon cautionnement ; & ſi c'étoit d'une rente qu'elle fût caution, cette imputation ſe devroit faire d'abord ſur les arrérages qui en ſont dûs, & enſuite ſur le principal. Elle peut en faiſant le paiement, exiger la ſubrogation aux droits du créancier ; car quoiqu'elle ait été déchargée, elle ne doit pas être regardée comme une perſonne entiérement étrangere, puiſqu'elle fait le paiement pour ſe faire faire raiſon de ce qu'elle a déja donné pour être déchargée ; *Molin. ibidem.*

A l'égard du débiteur principal, il ne peut jamais répéter contre le créancier, ce que le créancier a reçu indûment pour décharger la caution, ni en rien retenir ſur la ſomme qu'il doit, lorſqu'il la payera : car la caution n'ayant aucun recours contre le débiteur principal, pour la ſomme qu'elle a donnée indûment pour la décharge de ſon cautionnement, le débiteur principal eſt ſans intérêts.

Mais ſi la caution avoit un recours contre le débiteur principal, pour la ſomme qu'elle a donnée pour la décharge de ſon cautionnement, *putà*, ſi le débiteur principal s'étoit obligé envers elle à payer la dette dans un certain temps, & qu'on fût convenu qu'après que le débiteur auroit été mis en demeure de le faire, il ſeroit permis à la caution d'acheter du créancier la décharge de ſon cautionnement à la meilleure condition que faire ſe pourroit, dont elle ſeroit indemniſée par le débiteur principal : en ce cas, il n'eſt pas douteux que le débiteur principal pourroit retenir cette ſomme ſur la dette lorſqu'il la payeroit au créancier ; car au moyen du recours que la caution a contre lui, c'eſt comme ſi c'étoit lui qui l'eût payée au créancier ; *Molin. ibidem.*

ARTICLE III.

Quelles perſonnes peuvent faire remiſe, & à qui.

§. I.

Quelles perſonnes peuvent faire remiſe.

619. Il n'y a que le créancier, lorſqu'il a le pouvoir de diſpoſer de ſes biens, qui puiſſe remettre la dette, ou une perſonne fondée de ſon pouvoir ſpécial pour faire cette remiſe.

Un Procureur général de toutes les affaires, un tuteur, un curateur, un adminiſtrateur, n'ont pas ce droit; L. 37, ff. *de pact.*; L. 22, ff. *de adm. tut. & paſſim.*; car toutes ces perſonnes n'ont pouvoir & qualité que pour adminiſtrer, & non pas pour donner; or, la remiſe eſt une donation.

Il faut excepter la remiſe qui ſe fait de partie de la dette à un débiteur en cas de faillite. Comme elle ne ſe fait pas tant *animo donandi*, que dans l'intention de s'aſſurer par ce moyen le paiement du ſurplus de la dette, & de ne pas tout perdre; cette remiſe peut paſſer pour un acte d'adminiſtration dont ces perſonnes ſont capables.

Les remiſes qui ſe font d'une partie des profits ſeigneuriaux à une perſonne qui vient compoſer deſdits profits avant que de conclure le marché de l'héritage qu'elle ſe propoſe d'acheter, ſont auſſi des actes d'adminiſtration que les tuteurs & autres adminiſtrateurs peuvent faire: car ces remiſes ſont en ce cas des compoſitions plutôt que des donations: elles ne ſe font pas tant *animo donandi*, que pour ne pas laiſſer échaper le profit, le refus de la remiſe pouvant faire manquer le marché de l'héritage.

Les tuteurs & autres adminiſtrateurs peuvent faire remiſe d'une partie des profits, même après le marché conclu, & dans le cas des mutations néceſſaires, pourvu qu'elles ne ſoient pas exceſſives, & qu'elles ſoient conformes à celles que les Seigneurs ſont dans l'uſage de faire. Car quoiqu'on ne puiſſe diſconvenir que de telles remiſes ſoient de vraies donations, *liberalitas nullo jure cogente facta*, néanmoins l'uſage a fait de ces remiſes, non pas à la vérité une obligation, mais une eſpece de devoir de bienſéance: or, les donations qui ſont de bienſéance ne ſont pas interdites aux tuteurs & autres adminiſtrateurs; *Arg.* L. 12, §. 3, ff. *de adm. tut.*

C'eſt ſur ce fondement que les Receveurs des domaines du Roi ſont autoriſés à faire la remiſe du quart qui leur eſt paſſée à la Chambre des Comptes, pourvu que les acquéreurs déclarent leur acquiſition & paient dans les trois mois; Lettres Patentes de 1556, citées par Livoniere en ſon Traité des Fiefs.

Lorſqu'il y a pluſieurs créanciers ſolidaires, *correi credendi*, l'un d'eux peut ſans les autres faire remiſe de la dette; & cette remiſe décharge le débiteur envers tous les créanciers, de même que le paiement réel qui lui auroit été fait, l'auroit déchargé envers tous; L. 13, §. 12, ff. *de accept.*

§. II.

A qui la remiſe peut-elle être faite.

620. Il eſt évident que la remiſe d'une dette ne peut être faite qu'au débiteur: au reſte elle eſt cenſée faite au débiteur, ſoit que la convention qui contient cette remiſe, intervienne avec la perſonne même du débiteur; ſoit qu'elle intervienne avec la perſonne de ſon tuteur, de ſon curateur, de ſon procureur, ou autres adminiſtrateurs de ſes biens.

Les parens de la ligne aſcendante ayant par l'Ordonnance de 1731, *art.* 7, qualité pour accepter les donations faites à leurs enfans mineurs, quoiqu'ils ne ſoient pas ſous leur tutele; c'eſt une conſéquence qu'ils peuvent accepter

valablement la remiſe que les créanciers de leurs enfans veulent leur faire.

621. Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs ſolidaires, le créancier peut par la remiſe de la dette qu'il fait à l'un d'eux, éteindre la dette & libérer tous les autres; L. 16, ff. *d. tit.*; mais il faut qu'il paroiſſe que le créancier a eu intention d'éteindre la dette : car s'il n'a eu intention que de décharger la perſonne du débiteur, ſes codébiteurs ne ſont pas libérés, ſi ce n'eſt pour la part de celui qui a été déchargé, comme il a été dit au paragraphe précédent.

622. La remiſe étant une donation, il faut, pour qu'elle ſoit valable, que le débiteur à qui elle eſt faite ne ſoit pas une perſonne à qui les Loix défendent de donner. La remiſe qu'une femme feroit à ſon mari de ce qu'il lui doit; celle qu'un malade feroit à ſon Médecin, ne ſeroient pas valables.

Cela ne doit pas être étendu aux remiſes qui ſe font plutôt par compoſition que par donation; telles que celles qui ſe font en cas de faillite, & les compoſitions pour les profits ſeigneuriaux.

Quoique la remiſe d'une partie d'un profit ſeigneurial, faite à une perſonne à qui les Loix ne permettent pas de donner, n'ait pas été faite par forme de compoſition, mais par pure libéralité, *putà* dans le cas d'une mutation néceſſaire, elle doit être valable & ne doit pas paſſer pour donation prohibée, lorſqu'elle n'excede pas celles que le Seigneur eſt dans l'uſage de faire à des étrangers, *putà* lorſque ce n'eſt qu'une remiſe d'un quart.

CHAPITRE IV.

De la Compenſation.

623. LA Compenſation eſt l'extinction qui ſe fait des dettes, dont deux perſonnes ſont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles ſont créancieres réciproquement l'une de l'autre; *compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio*; L. 1, ff. *de compenſ.* Par exemple, ſi je vous dois une ſomme de cinq cent livres, *putà* pour cauſe du prêt que vous m'avez fait de cette ſomme, & que d'un autre côté je ſois votre créancier de pareille ſomme de cinq cent livres, *putà* pour le loyer de ma maiſon, qui a couru depuis, la dette dont je ſuis tenu envers vous ſera éteinte par droit de compenſation, par la créance de pareille ſomme que j'ai contre vous; & *vice versâ*, la dette dont vous êtes tenu envers moi, ſera éteinte par la créance que vous avez contre moi.

L'équité de la compenſation eſt évidente : elle eſt établie ſur l'intérêt commun des parties entre qui la compenſation ſe fait. Il eſt évident qu'elles ont chacune intéret de compenſer, plutôt que d'être obligées à tirer de la poche, pour payer ce qu'elles doivent, & à faire des pourſuites pour ſe faire payer de ce qui leur eſt dû. C'eſt la raiſon qu'apporte Pomponius en la Loi 3, ff. *de compenſ. Ideò compenſatio neceſſaria eſt, quia intereſt noſtra potiùs non ſolvere, quàm ſolutum repetere.* Ajoutez que la compenſation évite un circuit inu-

tile. *Quod poteſt brevius per unum actum expediri compenſando, incaſsùm protraheretur per plures ſolutiones & repetitiones.* C'eſt la raiſon que Balde rend du droit de compenſation.

Nous verrons ſur cette matiere, 1°. contre quelles dettes la compenſation peut être oppoſée : 2°. Quelles dettes peuvent être oppoſées en compenſation : 3°. Comment ſe fait la compenſation, & quels en ſont les effets.

§. I.

Contre quelles dettes peut-on oppoſer la compenſation.

624. On peut réguliérement oppoſer la compenſation contre les dettes de toutes les choſes qui en ſont ſuſceptibles.

Les dettes des choſes ſuſceptibles de compenſation, ſont les dettes d'une certaine ſomme d'argent, d'une certaine quantité de bled, de vin, & autres choſes *fungibiles*.

La dette d'une choſe indéterminée d'un certain genre, quoiqu'elle ne ſoit pas du nombre des choſes fungibiles, eſt auſſi ſuſceptible de compenſation. Par exemple, ſi par un marché fait entre nous, vous vous êtes obligé de me donner un cheval *indeterminatè*, ſans dire quel cheval, cette dette d'un cheval, dont je ſuis créancier par notre marché, eſt ſuſceptible de compenſation ; & ſi par la ſuite, avant que j'en euſſe été payé, je devenois l'héritier unique d'une perſonne qui vous auroit légué un cheval *indeterminatè*, & en cette qualité votre débiteur d'un cheval, il eſt évident que vous pourriez m'oppoſer en compenſation cette dette d'un cheval dont je ſuis débiteur envers vous par le teſtament de celui à qui j'ai ſuccédé, contre la dette d'un cheval, dont vous êtes débiteur envers moi par notre marché.

Au contraire, lorſqu'une choſe, quoique de ſa nature choſe fungibile, eſt due comme corps certain & déterminé, la dette n'eſt pas ſuſceptible de compenſation. Par exemple, ſi je vous ai acheté les ſix pieces de vin que vous avez recueillies cette année dans votre vigne de Saint-Denis, & que d'un autre côté, avant que vous me les ayez livrées, je ſois devenu héritier unique d'une perſonne qui vous a légué ſix pieces de vin par ſon teſtament, & en cette qualité votre débiteur de cette quantité de ſix pieces de vin, vous ne pouvez pas m'oppoſer contre la dette de ſix pieces de vin de votre récolte que je vous ai achetées, celle de ſix pieces de vin dont je ſuis débiteur envers vous ; & je ſerai fondé à demander que, ſans avoir égard à cette compenſation, vous ſoyez tenu de me livrer les ſix pieces de votre récolte que je vous ai achetées, aux offres que je ferai de vous donner ſix autres pieces de vin bon & loyal, telles que je voudrai. La raiſon eſt que la compenſation étant un paiement réciproque que ſe font les deux parties, un créancier ne peut être obligé de recevoir en compenſation autre choſe que ce qu'il ſeroit obligé de recevoir en paiement : or, ſuivant la regle, *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, ſuprà, n.* 530. Le créancier d'un corps certain & déterminé, ne peut être obligé de recevoir autre choſe en paiement que le corps certain & déterminé qui lui eſt dû ; & l'on ne ſeroit pas recevable à lui offrir en paiement

ment une autre choſe, quoique du même genre que le corps certain & déterminé qui lui eſt dû. Par la même raiſon, on ne peut l'obliger à accepter en compenſation de la dette d'un corps certain & déterminé qui lui eſt dû, la dette de choſes d'un même genre dont il eſt débiteur : la dette d'un corps certain & déterminé, quoique du nombre des choſes fungibiles, n'eſt donc pas ſuſceptible de compenſation.

Il y a un cas néanmoins auquel la dette d'un corps certain & déterminé pourroit être ſuſceptible de compenſation : car ſi j'étois votre créancier d'une part indiviſe d'un corps certain ; *putà* ſi vous m'aviez vendu une part indiviſe que vous aviez dans un certain héritage, & qu'avant que vous me l'euſſiez livrée, je fuſſe devenu l'héritier d'une perſonne qui étoit votre débiteur d'une autre part indiviſe dans le même héritage, vous pourriez oppoſer contre la dette de la part de cet héritage, dont vous êtes tenu envers moi, la compenſation de la dette d'une part dans le même héritage, dont je ſuis tenu envers vous ; *Sebaſt. de Medicis, tract. de compenſ. p.* 1, §. 3.

625. Lorſque la choſe due eſt ſuſceptible de compenſation, on peut oppoſer la compenſation contre la dette de cette choſe, de quelque cauſe que cette dette procede.

On peut l'oppoſer même contre la dette d'une ſomme due en vertu d'une condamnation judiciaire ; L. 2, *Cod. de compenſ.*

Il y a néanmoins quelques dettes contre leſquelles le débiteur n'eſt pas écouté à propoſer aucune compenſation.

1°. En matiere de ſpoliation, on ne peut oppoſer aucune compenſation contre la demande pour la reſtitution des choſes dont quelqu'un a été dépouillé, ſuivant cette maxime ſi connue ; *ſpoliatus ante omnia reſtituendus* ; Voyez *Sebaſt. de Medicis, tract. de compenſ. p.* 2, §. 28.

2°. Un dépoſitaire n'eſt pas admis à oppoſer aucune compenſation contre la demande qui lui eſt faite pour la reſtitution du dépôt qui lui a été confié ; *in causâ depoſiti compenſationi locus non eſt. Paul ſent.* 11, 12, 13.

Ce texte de Paul doit être entendu principalement du dépôt irrégulier, tel que celui dont il eſt parlé dans les Loix 24, 25, §. 1 ; & 26, §. 1, ff. *depoſ.* par lequel on donne en garde à quelqu'un un ſomme d'argent, pour la mêler avec d'autres ſommes qui ſont dépoſées par d'autres perſonnes, & rendre, non les mêmes eſpeces, mais la même ſomme. Si le dépôt étoit un dépôt ordinaire, tel que celui d'un ſac d'argent cacheté & étiqueté, il n'y auroit pas lieu à la compenſation, non pas ſeulement parce que c'eſt un dépôt, mais par la regle générale que les dettes de corps certains n'en ſont pas ſuſceptibles.

Le dépoſitaire ne peut, à la vérité, oppoſer contre la reſtitution du dépôt qui lui eſt demandé, la compenſation des créances qu'il auroit contre celui qui le lui a confié, lorſque ces créances ont une cauſe étrangere au dépôt ; mais lorſque la cauſe pour laquelle le dépoſitaire eſt créancier de celui qui lui a confié le dépôt, procede du dépôt même, comme lorſqu'il eſt créancier pour les dépenſes qu'il a été obligé de faire pour la conſervation du dépôt, non-ſeulement il a en ce cas le droit de compenſation, lorſque le dépôt eſt un dépôt irrégulier ; mais même lorſque c'eſt un corps certain qui eſt l'objet du dépôt, il a le droit de le retenir, *quaſi quodam jure pignoris*, juſqu'à ce

qu'il ſoit payé de ſa créance. C'eſt la déciſion commune des Docteurs cités par *Sebaſt. Med. tr. de comp. p.* 1, §. 19.

C'eſt ſuivant ce principe que les Receveurs des conſignations retiennent ſur les ſommes conſignées, les droits de conſignations attribués à leurs offices.

3°. La dette d'une ſomme qui m'a été donnée ou léguée pour ſervir à mes alimens, & avec la clauſe qu'elle ne pourroit être ſaiſie par mes créanciers, eſt une dette contre laquelle on ne peut m'oppoſer aucune compenſation. Car de même que cette clauſe empêche qu'elle ne puiſſe être ſaiſie par des tiers, & qu'elle ne puiſſe être employée au paiement de ce que je devrois à des tiers, elle empêche, par la même raiſon, que cette ſomme ne puiſſe par le moyen de la compenſation, être employée au paiement de ce que je devrois à celui qui en eſt le débiteur. *Sebaſt. de Medicis, tract. de comp. p.* 1, §. 14, apporte une autre raiſon de cette déciſion; ſçavoir, que les alimens étant une choſe néceſſaire à la vie, ce ſeroit une eſpece d'homicide que commettroit celui qui eſt chargé de les fournir s'il les refuſoit, ſous quelque prétexte que ce fût, même de compenſation; *necare videtur qui alimonia denegat;* L. 4, ff. *de agnoſc. liber.*

4°. Un cenſitaire ne peut oppoſer la compenſation d'une ſomme qui lui ſeroit due par ſon Seigneur de cenſive, pour ſe décharger de l'obligation en laquelle il eſt d'aller, ou d'envoyer lui payer le cens qu'il lui doit au jour & au lieu accoutumés. La raiſon eſt que la dette du cens ne renferme pas ſeulement la dette d'une ſomme d'argent, mais celle de la reconnoiſſance de la Seigneurie directe, qui eſt quelque choſe d'ineſtimable, & n'eſt pas par conſéquent ſuſceptible de compenſation.

Le cens n'eſt pas ſuſceptible de compenſation, même contre une dette de pareille nature. *Finge*, je vous dois pour un héritage ſitué dans votre cenſive, trois deniers de cens payables en votre Hôtel Seigneurial le jour de la Saint-Martin, à peine de cinq ſols de défaut: vous me devez pour un héritage ſitué dans la mienne, pareille ſomme de trois deniers de cens payables le même jour, ſous la peine de trois autres deniers ſeulement de défaut: la compenſation ne peut avoir lieu dans cette eſpece, & nous décharger l'un envers l'autre d'aller payer le cens. La raiſon eſt que la compenſation, pour qu'elle puiſſe avoir lieu, doit donner à chacune des parties ce qui lui appartient. Par exemple, ſi je vous dois cinq cens livres, & que vous m'en deviez autant, la compenſation, par la décharge qu'elle me procure des cinq cens livres que je vous devois, me donne véritablement les cinq cens livres qui m'étoient dus par vous; car la libération de cinq cens livres que je devois, vaut véritablement cinq cens livres: mais dans notre eſpece la décharge de reconnoître votre Seigneurie pour l'héritage que je tiens de vous, ne peut faire que je ſois reconnu de la mienne pour celui que vous tenez de moi: il ne peut donc pas avoir lieu en ce cas à la compenſation, puiſqu'elle ne peut nous donner à chacun ce qui nous appartient; d'ailleurs *monumenta cenſuum interturbarentur;* Molin. *in Conſ. Par. ad art.* 85, *gl.* 1, *n.* 38.

Obſervez que le cens n'eſt pas ſuſceptible de compenſation en ce ſens, que le cenſitaire ne peut être déchargé d'aller ou envoyer payer le cens: mais il peut en être ſuſceptible en ce ſens, que le cenſitaire qui eſt créancier d'une

ſomme d'argent de ſon Seigneur, peut aller au jour & lieux auxquels le cens eſt payable, offrir à ſon Seigneur, à la place de la ſomme d'argent qu'il doit pour le cens, une quittance de pareille ſomme ſur celle qui lui eſt due par ſon Seigneur; car il ſatisfait en ſe tranſportant ſur le lieu & en faiſant ces offres, à l'obligation de reconnoître la Seigneurie. Cette compenſation ne doit néanmoins être permiſe, que lorſque le cens conſiſte dans une ſomme un peu conſidérable, & ne doit point avoir lieu pour les menus cens; Molin. *ibid.*

On a mis autrefois en queſtion, ſi le débiteur qui s'eſt obligé par ſerment au paiement de la dette, peut dans le for de la conſcience, comme dans le for extérieur, oppoſer la compenſation de ce qui lui eſt dû par ſon créancier. Pluſieurs Docteurs, ſur-tout des Canoniſtes, ont tenu la négative par une raiſon frivole que le ſerment doit être accompli *in formâ ſpecificâ*. L'opinion de ceux qui tiennent l'affirmative eſt la meilleure. Le ſerment ajouté à une obligation, ne ſert à autre choſe qu'à rendre plus coupable le débiteur lorſqu'il y contrevient, & à le porter, par la crainte de ſe rendre coupable de parjure, à n'y pas contrevenir : mais l'obligation, quoique confirmée par ſerment, demeure la même, & le ſerment ne peut empêcher qu'elle ne puiſſe être acquittée par toutes les manieres dont les obligations peuvent être acquittées, & par conſéquent par la compenſation ; *Seb. Medicis, tract. de comp. P.* 2, §. 25.

On peut oppoſer la compenſation non-ſeulement contre des dettes qui ſont dues à des particuliers, mais même contre les dettes qui ſont dues à des villes, ou à des corps ou communautés. La Loi 3, *cod. de compenſ.* excepte néanmoins certaines eſpeces de dettes dues aux villes, contre leſquelles elle ne permet pas au débiteur d'oppoſer aucune compenſation de ce que la ville lui devroit.

La Loi 1, *cod. de tit.* admet la compenſation même contre le fiſc, pourvu néanmoins que tant la dette dont on ſe défend par la compenſation, que celle qu'on oppoſe en compenſation, dépendent l'une & l'autre de la même régie ou bureau : *reſcriptum eſt compenſationi in causâ fiſcali locum eſſe, ſi eadem ſtatio quid debeat quæ petit, de leg.* 1. Par exemple, je ne pourrois pas oppoſer en compenſation de ma capitation que je dois à Orléans, les arrérages de rente qui me ſont dus ſur les Tailles de Paris.

§. II.

Quelles dettes peuvent être oppoſées en compenſation.

626. Pour qu'une dette puiſſe être oppoſée en compenſation, il faut, 1°. que la choſe due ſoit du même genre que celle qui fait l'objet de la dette, contre laquelle on oppoſe la compenſation, *compenſatio debiti ex pari ſpecie, licet ex causâ diſpari admittitur, Paul. ſent.* II, V, 3. Par exemple, je veux oppoſer en compenſation d'une ſomme d'argent que je vous dois, la dette d'une pareille ſomme d'argent que vous me devez. Ces dettes ſont *ex pari ſpecie*; mais je ne puis oppoſer en compenſation d'une ſomme d'argent que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de bled que vous me devez.

La raiſon eſt que la compenſation étant un paiement, de même que je ne puis payer à mon créancier malgré lui, autre choſe que ce que je lui dois, *infrà*, *n.* 630, je ne puis par la même raiſon l'obliger à recevoir en compenſation d'une ſomme d'argent que je lui dois, le bled qu'il me devoit: car ce ſeroit l'obliger à recevoir du bled pour de l'argent qui lui eſt dû, par conſéquent à recevoir en paiement autre choſe que ce qui lui eſt dû.

Quoiqu'on ne puiſſe oppoſer contre la dette d'un corps certain & déterminé, la dette d'une quantité, quoique de choſes de même genre, comme nous l'avons vu en l'article précédent, *n.* 624, *contrà vice versâ*, on peut, contre la dette d'une quantité, oppoſer la compenſation d'un corps certain & déterminé de même genre. Par exemple, ſi je ſuis votre créancier de ſix pieces de vin de votre récolte que vous m'avez vendues, & en même temps votre débiteur de ſix pieces de vin *in genere*, qu'une perſonne à qui j'ai ſuccédé vous a léguées, vous ne pouvez pas m'oppoſer contre la dette de ſix pieces de vin que vous m'avez vendues, celle de ſix pieces *in genere* que je vous dois; parce qu'il ne vous eſt pas permis de me payer autre choſe que ces ſix mêmes pieces de vin. Au contraire, ſi vous me demandez le paiement des ſix pieces de vin *in genere* que je vous dois, je puis vous oppoſer en compenſation la dette des ſix pieces de vin que vous m'avez vendues; parce que ſi vous me les aviez livrées, je pourrois vous les donner en paiement des ſix pieces de vin que je vous dois.

Obſervez néanmoins que cette compenſation, *ſpeciei mihi debitæ ad quantitatem*, dépendant de mon choix, elle n'a lieu que du jour que je déclare mon choix, & que j'oppoſe cette compenſation; au lieu que les compenſations qui ſe font *quantitatis ad quantitatem*, ont lieu dès l'inſtant que le créancier eſt devenu débiteur, comme nous le verrons par la ſuite.

627. Il faut, 2°. que la dette qui eſt oppoſée en compenſation ſoit une dette dont le paiement ſoit échu; *quod in diem debetur, non compenſabitur antequam dies veniat;* L. 7, ff. *de compenſ.* La raiſon eſt évidente, la compenſation eſt un paiement réciproque que les parties ſe font: or le débiteur de la dette, dont le terme de paiement n'eſt point encore échu, n'étant point encore tenu de la payer, n'eſt point encore tenu d'en admettre la compenſation contre ſa créance.

Le terme de paiement, dont l'échéance eſt néceſſaire pour la compenſation, eſt le terme dont le débiteur jouit de droit, en vertu de la convention. Il en eſt autrement d'un terme de grace qui lui auroit été accordé. Par exemple, ſi j'ai fait condamner mon débiteur à me payer la ſomme de 1000 liv. que je lui ai prêtée; & que le Juge lui ait accordé, par la ſentence, terme de trois mois pour la payer; qu'un mois après cette ſentence, ce débiteur étant devenu héritier de mon créancier, à qui je dois pareille ſomme de 1000 liv. me demande cette ſomme, je pourrai lui oppoſer en compenſation la dette de 1000 liv. qu'il me doit, quoique le terme de trois mois qui lui a été accordé, ne ſoit pas expiré: car ce terme n'eſt qu'un terme de *grace* accordé ſeulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut arrêter la compenſation: *aliud eſt diem obligationis non veniſſe, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri ſolutionis*; L. 16, §. 1, ff. *de compenſ.*

628. Il faut, 2°. que la dette qu'on oppoſe en compenſation, ſoit liquide; L. *fin.* §. 1, *cod. de compenſ.*

Une dette eſt liquide, lorſqu'il eſt conſtant qu'il eſt dû, & combien il eſt dû, *cùm certum eſt an & quantum debeatur.*

Une dette conteſtée n'eſt donc pas liquide, & ne peut être oppoſée en compenſation, à moins que celui qui l'oppoſe n'en ait la preuve à la main, & ne ſoit en état de la juſtifier promptement & ſommairement.

Quand même il ſeroit conſtant qu'il eſt dû. Tant qu'il n'eſt pas conſtant combien il eſt dû, & que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une longue diſcuſſion, la dette n'eſt pas liquide, & ne peut être oppoſée en compenſation.

629. Il faut, 4°. que la dette ſoit déterminée. C'eſt pourquoi ſi quelqu'un a chargé ſon héritier de me donner cent piſtoles ou ſes deux chevaux de carroſſe, & que je doive pareille ſomme de cent piſtoles à cet héritier, je ne pourrai lui oppoſer en compenſation de cent piſtoles que je lui dois, les cent piſtoles qui m'ont été léguées, tant qu'il aura le choix des cent piſtoles ou des chevaux; parce que cette ſomme n'eſt pas due *determinatè*. Mais ſi le teſtament m'en avoit donné le choix, je pourrois oppoſer la compenſation, qui néanmoins n'auroit lieu que du jour que j'aurois fait mon choix; *ſi debeas decem millia aut hominem, utrum volet adverſarius; ita compenſatio admittitur, ſi adverſarius palàm dixiſſet, utrum voluiſſet;* L. 22.

630. Il faut, 5°. que la dette ſoit due à la perſonne même qui en oppoſe la compenſation: *ejus quod non ei debetur qui convenitur, ſed alii, compenſatio fieri non poteſt;* L. 9, *cod. d. tit.*

C'eſt pourquoi je ne pourrai oppoſer contre ce que je dois, la compenſation de ce que mon créancier doit à mon pere, à mes enfans, à ceux dont je ſuis tuteur, curateur, ou adminiſtrateur, à ma femme qui eſt ſéparée de biens, &c.

Si j'étois en communauté avec elle, ce qui lui eſt dû m'eſt vraiment dû; par conſéquent je puis l'oppoſer en compenſation.

Papinien en la Loi 18, §. 1, ff. *de compenſ.* porte ſi loin ce principe, qu'il va juſqu'à décider que mon créancier n'eſt pas obligé d'accepter la compenſation de ce qu'il doit à un autre qu'à moi, quoique ce tiers, ſon créancier, intervienne & offre de compenſer pour moi ce qui lui eſt dû: *creditor compenſare non cogitur quod alii quàm debitori ſuo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur, proprium debitum velit compenſare. Finge*, vous me faites commandement de vous payer cent livres que je vous dois; vous devez pareille ſomme à Pierre, & je vous ſignifie un acte par lequel Pierre conſent que la ſomme de cent livres que vous lui devez, vienne en compenſation de celle que vous me demandez, & en conſéquence je conclus à la compenſation, & au gré du commandement dont j'offre les frais. Papinien prétend que vous n'êtes pas obligé d'accepter cette compenſation: mais Barbeyrac en ſes notes ſur Puſendorf, penſe avec raiſon que Papinien a pouſſé trop loin la ſubtilité, & que la compenſation doit être admiſe. Car vous étant indifférent de recevoir de moi ou de Pierre les cent livres que je vous dois, il eſt injuſte d'autoriſer vos pourſuites contre moi pour le paiement de cette ſomme, lorſque Pierre veut bien que vous receviez cette ſomme de lui pour moi, en compenſation de celle que vous lui devez.

On pourroit concilier Barbeyrac avec Papinien par une diſtinction. Si la ſomme que je dois à Pierre eſt égale à celle que vous me devez, je ne puis me diſpenſer de la compenſer à celle que vous me devez, lorſque vous faites intervenir Pierre qui conſent qu'elle vienne en compenſation : c'eſt le cas auquel la déciſion de Barbeyrac doit être ſuivie. Mais ſi la ſomme que je dois à Pierre eſt moindre que celle que vous me devez, quelque offre que faſſe Pierre de ſouffrir que la ſomme que vous lui devez vienne en compenſation de celle que je vous dois, vous n'êtes pas obligé, ſuivant la déciſion de Papinien, d'admettre cette compenſation, à moins que je n'offre en même temps de vous payer le ſurplus : car autrement ce ſeroit vous obliger de recevoir votre dette par parties, à quoi vous n'êtes pas tenu. Ce n'eſt que dans le cas auquel c'eſt moi-même qui ſuis votre créancier d'une partie de la ſomme que je vous dois, que la compenſation a lieu, & a la vertu d'éteindre malgré vous ma dette pour partie, & juſqu'à concurrence de la ſomme que je vous dois.

C'eſt le concours des qualités de créancier & de débiteur dans les mêmes perſonnes qui opere de plein droit cette compenſation juſqu'à due concurrence, perſonne ne pouvant être véritablement mon créancier que ſous la déduction de ce qu'il me doit, ni véritablement mon débiteur que ſous la déduction de ce que je lui dois.

Celui qui a les droits cédés d'un créancier n'eſt pas, à la vérité, quant à la ſubtilité du Droit, créancier, mais ſeulement procureur *in rem ſuam* du créancier : néanmoins comme il eſt, quant à l'effet, créancier, lorſqu'il a fait ſignifier ſon tranſport au débiteur, il peut oppoſer la compenſation de cette créance au débiteur envers qui il eſt lui-même débiteur, comme de tout autre dont il ſeroit créancier de ſon chef : *in rem ſuam procurator datus, ſi vice mutuâ conveniatur, æquitate compenſationis utetur ;* L. 18, ff. *de compenſ.*

631. La regle que nous venons d'établir que nous ne pouvons oppoſer la compenſation, que de ce qui nous eſt dû à nous-mêmes, reçoit exception à l'égard des cautions. Celui à qui on demande le paiement d'une ſomme qu'il s'eſt obligé de payer comme caution d'une autre perſonne, peut oppoſer au demandeur la compenſation, non-ſeulement de ce qui eſt dû à lui-même par le demandeur, mais auſſi de ce qui eſt dû par le demandeur au débiteur principal : *ſi quid à fidejuſſore petitur, æquiſſimum eſt fidejuſſorem eligere quod ipſi an quod reo debetur, compenſare malit ;* L. 5, ff. *d. tit.* La raiſon eſt qu'il eſt de la ſubſtance du cautionnement, que la caution ne puiſſe être obligée à plus que le débiteur principal, & qu'il puiſſe uſer par conſéquent de toutes les mêmes défenſes dont pourroit uſer le débiteur principal *ſuprà*, *n.* 380 : or le débiteur principal pourroit oppoſer au créancier la compenſation de ce que ſon créancier lui doit ; la caution peut donc auſſi oppoſer la compenſation de la même dette.

Il n'en eſt pas de même *vice versâ* : le débiteur principal ne peut oppoſer à ſon créancier la compenſation de ce que ſon créancier doit à ſes cautions.

Un débiteur ſolidaire peut-il oppoſer en compenſation ce qui eſt dû à ſon codébiteur ? *V. ſuprà*, *n.* 274.

632. Il faut, 6° que la dette qui eſt oppoſée en compenſation, ſoit due par la perſonne même à qui on l'oppoſe. Par exemple, ſi quelqu'un me demande la

paiement de ce que je lui dois, je ne pourrai pas lui oppoſer en compenſation ce qui m'eſt dû par les mineurs dont il eſt tuteur; *& vice versâ*, ſi en qualité de tuteur il me demande le paiement de ce que je dois à ſes mineurs, je ne pourrai pas lui oppoſer la compenſation de ce qu'il me doit lui-même: *Id quod pupillorum nomine debetur ſi tutor petat, non poſſe compenſatione objici ejus pecuniæ quam ipſe tutor ſuo nomine debet;* L. 23, *d. tit.*

Par la même raiſon, je ne puis pas oppoſer à mon créancier la compenſation de ce que me doit ſa femme, lorſqu'elle eſt ſéparée de biens, mais je puis l'oppoſer, ſi elle eſt commune avec lui; parce qu'il eſt lui-même tenu des dettes de ſa femme, il en eſt lui-même devenu débiteur par la communauté de biens qu'il a contractée avec elle. Cela a lieu quand même il y auroit clauſe de ſéparation de dettes, à moins qu'il ne juſtifiât par le rapport d'un inventaire, qu'il ne lui reſte aucuns deniers entre les mains des biens de ſa femme; car ſans cela il eſt débiteur lui-même de ce qui eſt dû par ſa femme. On peut pour notre déciſion tirer argument de la Loi 19, qui décide qu'on peut oppoſer au maître, juſqu'à concurrence du pécule de ſon eſclave, la compenſation de ce qui eſt dû par ſon eſclave; cette dette de l'eſclave étant la dette du maître juſqu'à concurrence du pécule.

Lorſque mon créancier a fait tranſport à quelqu'un de la créance qu'il avoit contre moi, je puis oppoſer au ceſſionnaire la compenſation, non-ſeulement de ce qui m'eſt dû par lui, mais auſſi de ce qui m'eſt dû par ſon cédant; pourvu que j'aie commencé à être créancier de ſon cédant, avant la ſignification ou l'acceptation du tranſport. Car cette créance n'ayant pu paſſer plutôt en la perſonne du ceſſionnaire, ſuivant cette maxime de notre Droit François, *tranſport ne ſaiſit s'il n'eſt ſignifié*, & ayant par conſéquent juſqu'à ce temps réſidé en la perſonne du cédant, toutes les créances que j'ai juſqu'à ce temps acquiſes contre le cédant, ont, par la vertu de la compenſation, éteint & diminué de plein droit juſqu'à due concurrence, celle qu'il avoit contre moi, & dont il a fait tranſport.

Si ce n'eſt que depuis la ſignification du tranſport que je ſuis devenu créancier du cédant, il n'y aura pas lieu à la compenſation: car il avoit ceſſé d'être mon créancier par cette ſignification; ou s'il l'étoit, il ne l'étoit plus que *ſubtilitate juris & non juris effectu.*

Quoique je fuſſe créancier du cédant dès avant le tranſport, cependant ſi ayant connoiſſance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement & ſimplement le tranſport, je ſuis cenſé avoir par mon acceptation pure & ſimple renoncé à la compenſation, & je ne pourrai l'oppoſer au ceſſionnaire qui a compté ſur mon acceptation, ſauf à moi à exercer ma créance contre le cédant. C'eſt ce qui a été jugé par des Arrêts cités par Deſpeiſſes.

633. Suivant les principes du Droit Romain, je puis vous oppoſer en compenſation de ce que vous me devez ici, la ſomme que vous me devez, & qui eſt payable en un autre lieu, en vous faiſant raiſon du coût de la remiſe du lieu où elle étoit payable en celui-ci; L. 15, ff. *de compenſ.* Le créancier, ſuivant les principes du Droit Romain, ayant l'action de *eo quod certo loco*, pour obliger ſon débiteur à payer où il ſe trouvoit la ſomme qui étoit payable ailleurs, en lui tenant compte du coût de la remiſe, c'eſt une conſéquence qu'il puiſſe

pareillement l'obliger à la compenſer. Mais cette action *de eo quod certo loco* n'étant pas d'uſage parmi nous, & le créancier ne pouvant exiger le paiement d'une ſomme payable en certain lieu, ailleurs qu'au lieu où elle eſt payable, *ſuprà*, *n.* 239, il ſembleroit qu'on en devroit conclure, qu'il ne pourroit l'oppoſer en compenſation de ce qu'il doit en un autre lieu : néanmoins Domat, *p.* 1, *l.* 4, *t.* 2, *ſect.* 2, *n.* 8, eſtime qu'on doit admettre cette compenſation, en faiſant raiſon de la valeur de la remiſe. Cela paroît aſſez équitable, la compenſation étant très-favorable.

634. Il eſt évident que je ne puis vous oppoſer, en compenſation de ce que je vous dois, le ſort principal d'une rente conſtituée, que vous me devez, mais ſeulement les arrérages qui en ſont échus ; car le ſort principal d'une rente n'eſt pas proprement dû, il n'eſt qu'*in facultate luitionis.*

§. III.

Comment ſe fait la compenſation ; & de ſes effets.

635. La compenſation ſe fait de plein droit : *placuit id quod invicem debetur* IPSO JURE *compenſari ;* L. 21, ff. *de comp.* Il y avoit néanmoins à cet égard de la différence par l'ancien Droit Romain, entre les dettes qui procédoient des contrats *bonæ fidei*, & celles qui procédoient des contrats *ſtricti juris.* Cette différence a été abrogée par la conſtitution de Juſtinien en la Loi *fin. Cod. d. tit. compenſationis ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri ſancimus ;* d. l.

Lorſqu'on dit que la compenſation ſe fait *de plein droit*, *ipſo jure*, cela ſignifie qu'elle ſe fait par la ſeule vertu de la Loi, ſans qu'elle ait été prononcée par le Juge, ni même oppoſée par aucune des parties.

Auſſi-tôt que celui qui étoit créancier d'une perſonne, devient ſon débiteur d'une ſomme ou autre quantité ſuſceptible de compenſation avec celle dont il étoit créancier ; *& vice verſâ*, auſſi-tôt que celui qui étoit débiteur d'une perſonne devient ſon créancier d'une ſomme ſuſceptible de compenſation avec celle dont il étoit débiteur, la compenſation ſe fait, & les dettes reſpectives ſont dès-lors éteintes juſqu'à due concurrence, par la ſeule vertu de la Loi de la compenſation.

Cette interprétation eſt conforme à l'explication que tous les Lexicographes donnent à ces termes *ipſo jure.* IPSO JURE *fieri dicitur*, dit Briſſon, *quod ipſâ legis poteſtate & autoritate, abſque magiſtratûs auxilio & ſine exceptionis ope fit. . . . . Verba* IPSO JURE, dit Spigelius, *intelliguntur ſine facto hominis.* IPSO JURE *conſiſtere dicitur*, de Pratejus, *quod ex ſolâ legum poteſtate & autoritate, ſine magiſtratûs operâ conſiſtit.*

Notre principe que la compenſation éteint les dettes reſpectives, *ipſâ juris poteſtate*, ſans qu'elle ait été oppoſée, ni prononcée, eſt établi non-ſeulement par les termes d'*ipſo jure*, dont ſe ſervent les Loix, termes auxquels on ne peut donner un autre ſens, mais encore par les effets que les textes de Droit donnent à la compenſation.

Par exemple, Paul, *ſent.* 11, 5, 3, dit que ſi mon créancier me demande la ſomme entiere dont il étoit créancier, ſans m'offrir la déduction de celle dont

dont il eſt devenu mon débiteur, il encourt par cette demande la peine de la plus-pétition ; *ſi totum petat, plus petendo cauſa cadit* : ce qui ſuppoſe évidemment notre principe ; ſçavoir, qu'avant que j'aie oppoſé au créancier la compenſation, la dette dont il étoit devenu mon débiteur, avoit déja diminué & éteint ſa créance juſqu'à due concurrence ; autrement il ne ſeroit pas dans le cas de la plus-pétition.

Les autres effets de la compenſation, qu'on rapportera ci-après, établiſſent pareillement notre principe.

A l'égard des textes de Droit qu'on a coutume d'oppoſer contre notre principe, dans leſquels il eſt parlé de la compenſation oppoſée contre la demande d'un créancier, & des compenſations admiſes ou rejettées par le Juge, ils ne décident rien contre notre principe, & on n'en doit pas conclure que la compenſation doit être oppoſée ou prononcée, pour qu'elle puiſſe avoir lieu. Il eſt vrai que ſi celui qui étoit mon créancier d'une certaine ſomme, & qui depuis eſt devenu mon débiteur d'autant, forme une demande contre moi pour le paiement de cette ſomme, je ſerai obligé, pour me défendre de ſa demande, de lui oppoſer la compenſation de la ſomme dont il eſt devenu mon débiteur ; ſans cela le Juge qui verroit ſon titre de créance, & qui ne peut pas deviner la créance que j'ai de mon côté contre lui, ne manqueroit pas de faire droit ſur ſa demande. C'eſt pour cela qu'il eſt fait mention dans ces textes, de compenſations oppoſées par une partie, admiſes ou réprouvées par le Juge : mais on ne peut point du tout en conclure que la dette n'ait pas été acquittée par la compenſation, dès avant que je l'aie oppoſée. Je ne ſuis obligé d'oppoſer la compenſation que pour inſtruire le Juge que la compenſation s'eſt faite ; de même que lorſque quelqu'un me demande une dette que j'ai payée, je ſuis obligé, pour inſtruire le Juge, d'oppoſer & de rapporter les quittances.

On a coutume d'oppoſer encore, contre notre principe, *la Loi 6, de compenſ.* où la compenſation eſt appellée *mutua petitio ;* ce qui ſembleroit ſuppoſer, que les actions reſpectives des parties ſubſiſtent, avant que le Juge ait prononcé la compenſation. La réponſe eſt que ce n'eſt que dans un ſens très-impropre que la compenſation oppoſée par le défendeur, eſt appellée *mutua petitio* dans cette Loi ; ce qui ne ſignifie autre choſe que la ſimple allégation de la créance reſpective que le défendeur avoit contre le demandeur, & par laquelle celle du demandeur a été éteinte. Notre réponſe eſt fondée ſur la Loi 21, ff. *de comp.* où il eſt marqué expreſſément que celui qui allegue la compenſation, ne forme pas une demande reſpective, mais ſe défend ſeulement de celle qui eſt donnée contre lui, en faiſant connoître qu'elle ne procede pas juſqu'à concurrence de la ſomme oppoſée en compenſation ; *poſtquàm placuit inter omnes*, dit cette Loi, *id quod invicem debetur ipſo jure compenſari, ſi procurator abſentis conveniatur, non debebit de rato cavere*, (pour être admis à alléguer la compenſation, comme il y ſeroit obligé s'il formoit une demande ou reconvention), *quia nihil compenſat, ſed ab initio minùs ab eo petitur ;* c'eſt-à-dire, *non ipſe compenſat, non ipſe aliquid mutuò petit, ſed allegat compenſationem ipſo jure factam, quæ ab initio jus petitoris ipſo jure minuit.*

636. Les effets de la compenſation ſont des conſéquences du principe que j'ai établi.

Ces effets ſont, 1°. que ſi mon créancier à qui j'ai donné des effets en nantiſſement, eſt devenu mon débiteur, je puis répéter leſdits effets, en lui offrant ſeulement ce que je lui dois de plus qu'il ne me doit; la compenſation qui ſe fait de nos dettes reſpectives juſqu'à due concurrence, tenant lieu du paiement du ſurplus. C'eſt la déciſion de la Loi 12, *Cod. de compenſ.*

2°. Si vous aviez contre moi une créance d'une certaine ſomme d'argent, qui produiſoit des intérêts par ſa nature, & que vous fuſſiez depuis devenu mon débiteur d'une ſomme d'argent; quoique ma créance ne fût pas de nature, comme la vôtre, à produire des intérêts, néanmoins ma créance ſera cenſée, par la vertu de la compenſation, avoir acquitté la vôtre juſqu'à due concurrence, du jour que vous en êtes devenu débiteur; & dès ce jour les intérêts juſqu'à concurrence auront ceſſé d'en courir. Par exemple, ſi vous étiez mon créancier d'une ſomme de mille livres pour le prix d'un héritage que vous m'aviez vendu & livré, & que depuis vous fuſſiez devenu unique héritier de Pierre, qui me devoit une ſomme de huit cens livres pour cauſe d'un pur prêt, du jour que vous êtes devenu héritier de Pierre, & en cette qualité mon débiteur de cette ſomme de 800 livres, c'eſt-à-dire, du jour de la mort de Pierre, votre créance de 1000 liv. eſt cenſée avoir été dès ce jour acquittée, juſqu'à la concurrence de ladite ſomme de 800 livres, & ne plus ſubſiſter que pour les 200 livres reſtantes, & dès ledit jour les intérêts auront ceſſé de courir, ſi ce n'eſt pour ladite ſomme reſtante de 200 livres. C'eſt ce qui eſt décidé par la conſtitution de Septime Severe, ſuivant que le rapporte Ulpien: *quum alter alteri pecuniam ſine uſuris, alter uſurariam debet, conſtitutum eſt à divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis uſuras non eſſe præſtandas;* L. 11, ff. *de compenſ.*

La même déciſion ſe trouve en la conſtitution d'Alexandre: *ſi conſtat pecuniam invicem deberi, ipſo jure pro ſoluto compenſationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utrâque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates, ejuſque ſolius quoad amplius apud alterum eſt uſuræ debentur;* L. 4, *Cod. d. tit.*

Cet effet de la compenſation n'a lieu que dans les compenſations ordinaires, *quantitatis certæ ac determinatæ ad certam ac determinatam quantitatem*, leſquelles ſe font de plein droit: mais dans les compenſations qui n'ont lieu que du jour qu'elles ſont oppoſées, les intérêts ne doivent ceſſer de courir que de ce jour. Par exemple, ſi vous étiez mon créancier d'une ſomme de mille livres pour le prix d'un héritage que vous m'aviez vendu, & qui portoit par conſéquent des intérêts, & que depuis vous fuſſiez devenu héritier unique de Pierre qui m'a légué deux chevaux de carroſſe, ou une ſomme de mille livres, à mon choix, les intérêts de la ſomme de mille livres que je vous dois ne ceſſeront pas de courir du jour de la mort de Pierre, qui eſt le jour auquel vous êtes devenu le débiteur du legs qu'il m'a fait: ils ne ceſſeront de courir que du jour que j'aurai déclaré que je choiſiſſois la ſomme de mille livres pour mon legs; ce n'eſt que de ce jour que la compenſation ſe fait de cette ſomme avec celle que je vous dois, comme nous l'avons déja obſervé *ſuprà*, *n.* 629.

637. 3°. Quoique mon créancier ne puiſſe être obligé de recevoir pour partie le paiement réel que je voudrois lui faire, *ſuprà n.* 534, cependant s'il eſt devenu mon débiteur d'une ſomme moindre que celle que je lui dois, il eſt

obligé de ſouffrir l'acquittement partiel de ſa créance, qui ſe fait en ce cas par la vertu de la compenſation, ſuivant qu'il réſulte des Loix ci-deſſus rapportées.

638. 4°. Si j'étois votre débiteur de trois mille livres pour trois différentes cauſes, & que depuis je fuſſe devenu votre créancier de la ſomme de mille livres, la compenſation de la créance de mille livres que j'ai acquiſe contre vous, doit ſe faire avec celle des trois dettes dont j'ai le plus d'intérêt d'être acquitté. La raiſon eſt que la compenſation tenant lieu de paiement, de même que dans les paiemens l'imputation ſe fait ſur celle des dettes que le débiteur a le plus d'intérêt d'acquitter, *ſuprà n. 567*, la compenſation doit pareillement ſe faire ſur celle des dettes qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter.

Cette déciſion n'a lieu que lorſque les différentes dettes dont j'étois votre débiteur, ont toutes précédé la créance que j'ai depuis acquiſe contre vous. Mais ſi étant votre débiteur d'une ſomme de mille livres, je ſuis devenu depuis votre créancier de pareille ſomme, & que j'aie depuis contracté une nouvelle dette envers vous, quoique ce fût une dette dont j'euſſe plus d'intérêt d'être acquitté que de la premiere, néanmoins vous pourrez m'en demander le paiement ſans que je puiſſe vous oppoſer la compenſation de la créance que j'ai acquiſe; cette créance ayant été éteinte auſſi-tôt que je l'ai acquiſe, par la compenſation qui s'eſt faite de plein droit de cette créance avec la premiere que vous aviez contre moi; *Tindar. tract. de compenſ. art. 7, in fin.*; *Sebaſt. medicis, p. 2, §. 12.*

639. Si celui qui étoit mon créancier d'une certaine ſomme, eſt devenu depuis mon débiteur d'autant, & que nonobſtant la compenſation qui a éteint de plein droit nos créances reſpectives, je l'aie payé, je répéterai la ſomme que je lui ai payée, comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti*. C'eſt ce que décide Ulpien en la Loi 10, §. 1, ff. *de compenſ. Si quis compenſare potens ſolverit, condicere poterit quaſi indebito ſoluto.*

Ce texte prouve bien démonſtrativement le principe que nous avons établi, que la compenſation ſe fait de plein droit, & éteint par la ſeule vertu de la Loi les dettes reſpectives des parties, ſans qu'elle ait été oppoſée par aucune des parties, ni prononcée par le Juge; autrement dans cette eſpece, dans laquelle lorſque j'ai payé, la compenſation n'avoit été ni oppoſée ni prononcée, on ne pourroit pas dire que j'aie payé ce que je ne devois plus.

De-là naît une queſtion qu'on peut faire dans l'hypotheſe ſuivante. J'étois votre débiteur d'une ſomme de mille livres: je ſuis depuis devenu l'unique héritier de Pierre, qui étoit votre créancier de pareille ſomme pour un retour de partage: nonobſtant la compenſation dont j'aurois pu uſer, je vous ai payé cette ſomme de mille livres: enſuite vos biens ont été ſaiſis réellement par vos créanciers, & notamment ceux qui vous ſont échus par le partage que vous avez fait avec Pierre: je me ſuis oppoſé au décret, & je demande à être colloqué en ordre par privilege ſur le prix deſdits biens, pour le retour du partage que vous deviez à Pierre à qui j'ai ſuccédé: les autres créanciers ſont-ils bien fondés à s'y oppoſer? Il ſemble qu'ils y ſont bien fondés: car la créance de Pierre pour ce retour de partage, a été éteinte en même temps que j'y ai ſuccédé, par la vertu de la compenſation qui s'eſt faite de cette créance que j'acquérois contre vous, avec celle de pareille ſomme de mille livres que vous

aviez comme moi. Le paiement que je vous ai fait depuis, n'a pu reſſuſciter nos créances reſpectives que la compenſation avoit éteintes : il n'a pu me donner autre choſe qu'une ſimple action en répétition de la ſomme que je vous ai payée, comme ayant été payée, ſans être due ; & cette action n'a aucune hypotheque, ou a tout-au-plus une ſimple hypotheque, du jour de la quittance, ſi elle étoit pardevant Notaire. Il n'a pas du être en mon pouvoir, en vous payant volontairement une dette qui étoit éteinte par la compenſation de cette dette avec la créance que j'avois acquiſe contre vous, de reſſuſciter ma créance & les hypotheques qui y étoient attachées, au préjudice des créanciers qui me ſuivoient, & du droit de priorité en hypotheque, qui leur avoit été acquis par la compenſation qui avoit éteint nos créances reſpectives.

Nonobſtant ces raiſons, je crois qu'il faut uſer de diſtinction ſur cette queſtion. Si depuis que la ſucceſſion de Pierre m'eſt échue, mais avant que j'aie eu connoiſſance qu'il y avoit dans cette ſucceſſion une créance de mille livres contre vous, je vous ai payé les mille livres que je vous devois de mon chef, je penſe qu'en ce cas je dois être mis en ordre par privilege pour la créance de mille livres, à laquelle j'ai ſuccédé à Pierre, & qu'on doit juger en ce cas qu'il ne s'en eſt fait aucune compenſation. La raiſon eſt que la compenſation étant une fiction de la Loi, qui feint que les parties ſe ſont reſpectivement payées, auſſi-tôt qu'elles ſont devenues créancieres & débitrices tout-à-la-fois l'une de l'autre, cette fiction qui eſt établie en faveur des parties entre qui la compenſation ſe fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur ſeroit pas préjudiciable, & qu'elle ne les induiroit pas en erreur : un bienfait de la Loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la Loi l'accorde, *beneficium Legis non debet eſſe captioſum.* On ne doit donc pas ſuppoſer en ce cas qu'il y a eu une compenſation ; car elle me ſeroit préjudiciable : elle m'auroit induit en erreur : elle m'auroit ſans ma faute fait perdre une ſomme de mille livres, pour laquelle j'avois une hypotheque privilégiée. Il faut décider autrement dans le cas auquel je ne vous aurois payé les mille livres que je vous devois de mon chef, que depuis l'inventaire de la ſucceſſion de Pierre, qui m'a donné connoiſſance de la créance que cette ſucceſſion avoit contre vous : rien n'empêche de ſuppoſer en ce cas que la compenſation a éteint nos créances reſpectives : ce n'eſt pas en ce cas la Loi de la compenſation qui m'a cauſé du préjudice, ni qui m'a induit en erreur. Si je perds les mille livres que je vous ai ſottement payées, je ne dois pas m'en prendre à la loi de la compenſation, mais à moi-même, qui ai bien voulu vous payer une dette que je ſçavois être acquittée par la compenſation : il n'a pas dû être en notre pouvoir de reſſuſciter par ce paiement ma créance, en fraude du droit acquis aux créanciers qui me ſuivoient.

640. Que doit-on décider dans l'eſpece ſuivante ? J'étois votre débiteur de la ſomme de mille livres : je ſuis devenu depuis votre créancier d'autant ; *putà*, en devenant l'unique héritier de Pierre à qui vous deviez pareille ſomme : ſur la demande que vous avez donnée contre moi pour le paiement de cette ſomme de mille livres que je vous devois, ayant négligé d'oppoſer la compenſation de celle que vous me deviez, j'ai été condamné à vous payer cette ſomme, & je vous l'ai payée en exécution de la Sentence, ai-je en ce

cas quelque recours ? Je ne puis pas avoir, comme dans l'eſpece précédente, l'action *condictio indebiti*. La Loi 2, *Cod. de compenſ.* décide que quoique j'euſſe pu encore oppoſer la compenſation de ma créance contre vos pourſuites en exécution de la condamnation, il n'y aura pas lieu à l'action *condictio indebiti ;* parce que ce qui eſt payé en exécution d'une condamnation, ne peut être regardé comme payé ſans cauſe. Or cette action *condictio indebiti* n'a lieu que lorſque le paiement a été fait ſans aucune cauſe, & par conſéquent ſans condamnation : *pecuniæ indebitæ per errorem, NON EX CAUSA JUDICATI ſolutæ, eſſe repetitionem jure condictionis non ambigitur ;* L. 1, *Cod. de cond. indeb.* Serai-je donc en ce cas privé de tout recours ? Il faut dire que dans cette eſpece, quoique ſelon la ſubtilité du Droit, la compenſation ait éteint nos créance reſpectives dans le même inſtant que j'ai ſuccédé à celle que Pierre avoit contre vous, néanmoins cette compenſation doit dans cette eſpece être regardée comme non avenue : cette créance à laquelle j'ai ſuccédé, & l'action qui en naît, doit m'être reſtituée, & je dois être admis à l'intenter. La raiſon eſt, que cette compenſation ayant été privée de ſon effet vis-à-vis de vous, & par rapport à la créance que vous aviez contre moi, par la Sentence qui m'a condamné au paiement de cette créance, l'équité ne permet pas qu'elle puiſſe ſubſiſter vis-à-vis de moi, & par rapport à la créance que j'avois de mon côté contre vous. C'eſt ce que décide fort bien Tindarus, en ſon Traité *de compenſationibus ;* & c'eſt en ce ſens qu'il explique la Loi 7, §. 1, ff. *de compenſ.*, qui dit, *ſi rationem compenſationis judex non habuerit, ſalva manet petitio ;* c'eſt-à-dire, lorſque le Juge a condamné l'une des parties envers l'autre, nonobſtant la compenſation qui avoit éteint leurs créances reſpectives, ſoit qu'elle n'ait pas été oppoſée, ſoit qu'ayant été oppoſée, le Juge ait omis d'y ſtatuer, la créance que la partie condamnée avoit contre l'autre, lui eſt conſervée, *ſalva manet petitio. Lex enim*, dit Tindarus, *hoc caſu reſtituit actionem peremptam, ex maximâ neceſſitate, ſicut facit in multis caſibus, æquitate ſuggerente* ; Voyez L. 1, *in fin.* ff. *ad Vellejan.*

Ma créance m'eſt-elle reſtituée avec les hypotheques qui y étoient attachées, ou ſans ces hypotheques ? Je penſe qu'il faut en ce cas uſer de diſtinction. S'il n'y a pas lieu de ſoupçonner que ce ſoit par colluſion avec vous, & pour vous faire toucher de l'argent, au préjudice de vos créanciers, que je ne vous ai pas oppoſé la compenſation de la créance à laquelle j'avois ſuccédé à Pierre contre vous, *putà*, parce que je n'en avois pas encore connoiſſance lors de la condamnation, à peine ſçavoit-on dans le public la mort de Pierre, ou du moins on n'avoit pas encore fait l'inventaire des titres de ſa ſucceſſion, qui ſeul pouvoit me donner la connoiſſance de cette créance ; en ce cas je penſe que ma créance me doit être reſtituée avec ſes hypotheques. Mais ſi ayant déja connoiſſance de la créance que j'avois contre vous, & à laquelle j'ai ſuccédé à Pierre, je me ſuis laiſſé condamner envers vous, ſans vous oppoſer la compenſation, ou ſi je ne l'ai oppoſée que *perfunctoriè*, ſans l'établir, de maniere que le Juge n'y a pas ſtatué, en ce cas ma créance contre vous me ſera, à la vérité, reſtituée ; mais je ne ſerai pas admis à exercer les hypotheques qui étoient attachées à cette créance, au préjudice des créanciers qui me ſuivoient en ordre d'hypotheque, & auxquels le droit de

priorité d'hypotheque a été acquis, auſſi-tôt que j'ai ſuccédé à la créance de Pierre, par la compenſation & l'extinction qui s'eſt faite alors de nos créances reſpectives : l'équité ne permet pas que par une colluſion entre nous, je prive ces créanciers de ce droit qui leur a été acquis.

CHAPITRE V.

De l'extinction de la Dette par la confuſion.

641. ON appelle *confuſion*, le concours de deux qualités dans un même ſujet, qui ſe détruiſent.

Celle dont il eſt ici queſtion, eſt le concours des qualités de créancier & de débiteur d'une même dette dans une même perſonne. Nous verrons, 1°. en quels cas ſe fait cette confuſion : 2°. quel en eſt l'effet.

Les Juriſconſultes Romains admettoient une autre eſpece de confuſion, dans le cas auquel une caution ſuccédoit au débiteur principal, *aut vice versâ ;* nous n'en dirons rien ici, en ayant déja traité *ſuprà, part. 2, chap. 6, ſect. 1, coroll. 6.*

§. I.

En quel cas ſe fait cette confuſion.

642. Cette confuſion ſe fait lorſque le créancier devient héritier de ſon débiteur ; *aut vice versâ*, lorſque le débiteur devient héritier de ſon créancier ; car l'héritier ſuccédant à tous les droits, tant actifs que paſſifs du défunt, lorſque le créancier devient héritier de ſon débiteur, il devient en cette qualité d'héritier, débiteur de la dette dont il eſt de ſon chef le créancier ; *& vice versâ*, lorſque le débiteur devient l'héritier de ſon créancier, il devient, en ſa qualité d'héritier, créancier de la même dette dont il eſt de ſon chef le débiteur. En l'un & l'autre cas, les qualités de créancier & de débiteur de la même dette, ſe trouvent donc concourir en une même perſonne.

La même choſe arrive lorſque le créancier ſuccede au débiteur à quelqu'autre titre qui le rend ſujet à ſes dettes ; comme s'il devient ſon donataire univerſel, ou lorſque le débiteur ſuccede à quelque titre que ce ſoit à la créance du créancier. Dans tous ces cas, les qualités de créancier & de débiteur de la même dette, ſe trouvent concourir en une même perſonne.

La même choſe arrive encore lorſqu'une même perſonne devient héritiere du créancier & du débiteur, ou ſuccede à l'un & à l'autre à quelqu'autre titre univerſel.

L'acceptation d'une ſucceſſion ſous bénéfice d'inventaire, n'opere aucune confuſion : car c'eſt un des effets du bénéfice d'inventaire, que l'héritier bénéficiaire & la ſucceſſion, ſoient regardés comme deux perſonnes différentes, & que leurs droits reſpectifs ne ſe confondent pas.

§. II.

De l'effet de la confusion.

643. Il est évident que par le concours de ces deux qualités contraires de créancier & de débiteur en une même personne, elles se détruisent mutuellement : car on ne peut être le créancier & le débiteur tout-à-la-fois ; on ne peut être créancier de soi-même, ou débiteur envers soi-même. Delà résulte indirectement l'extinction de la dette, lorsqu'il n'y a pas d'autre débiteur. Car comme il ne peut y avoir de dette sans débiteur, la confusion éteignant dans la personne qui étoit seule débitrice la qualité de débiteur, & ne restant plus par conséquent de débiteur, il ne peut plus y avoir de dette : *non potest esse obligatio, sine personâ obligatâ.*

644. L'extinction de l'obligation principale qui se fait par la confusion, lorsque le créancier devient héritier du débiteur principal, *aut vice versâ*, entraine aussi l'extinction de l'obligation des cautions ; L. 38, §. 1, ff. *de fidej.* ; L. 34, §. 8 ; L. 71, ff. *de solut.* La raison est que les obligations des cautions ne sont qu'accessoires de l'obligation du débiteur principal, *fidejussor accedit obligationi rei principalis* ; d'où il suit qu'elles ne peuvent subsister, lorsque l'obligation principale ne subsiste plus, suivant cette regle de Droit : *Quum principalis causa non subsistit ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* ; L. 129, §. 1, ff. *de reg. jur.* ; & cette autre : *Quæ accessionum locum obtinent, extinguntur, cum principales res peremptæ fuerint* ; L. 2, ff. *de pecul. Leg.*

Ajoutez qu'une caution suppose un débiteur principal, pour qui la caution soit obligée ; d'où il suit, que lorsqu'il n'y a plus, au moyen de la confusion, de débiteur principal pour qui la caution soit obligée, il ne peut plus y avoir de caution. C'est la raison qu'apporte la Loi 38, §. 1, ff. *de fid.* ; *quia nec reus est pro quo debeat.*

Ajoutez encore qu'il répugne que je sois obligé comme caution pour quelqu'un envers lui même : il est donc nécessaire que l'obligation de la caution s'éteigne, lorsque la personne pour qui elle est obligée, devient par l'acceptation de la succession du créancier, une même personne avec celle envers qui la caution s'est obligée : *fidejussores ideò liberari, quia pro eodem apud eumdem debere non possunt.* C'est la raison de la Loi 34, §. 8, *de solut.*

645. *Contra vice versâ*, l'extinction qui se fait de l'obligation de la caution par la confusion, lorsque le créancier devient l'héritier de la caution, ou que la caution devient l'héritiere du créancier, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale : *Si creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum* ; L. 71, ff. *de fidejussor.* La raison de cette différence est, que l'obligation accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans l'obligation principale, mais l'obligation principale n'a pas besoin de l'obligation accessoire pour subsister.

La confusion differe en cela du paiement. La raison de cette différence est, que le paiement fait que la chose n'est plus due ; car la chose due cesse de l'être, lorsqu'elle a été payée par quelque personne que ce soit. Or, il ne peut

plus reſter de débiteur, ni principal ni acceſſoire, lorſqu'il n'y a plus de choſe due, par conſéquent le paiement fait par la caution ayant fait que la choſe due par la caution, qui eſt la même que celle due par le créancier, n'eſt plus due; & ne reſtant plus de choſe due, il eſt néceſſaire que l'obligation du débiteur principal ſoit éteinte, auſſi-bien que celle de la caution qui a payé.

Dites la même choſe de la remiſe réelle, de la compenſation, de la novation, & des autres eſpeces de libération qui équipollent au paiement.

Au contraire, la confuſion fait ſeulement que la perſonne du débiteur, en qui ſe trouve concourir la qualité de créancier, ceſſe d'être obligée; parce qu'elle ne le peut être envers elle-même; *perſonam eximit ab obligatione;* mais rien n'empêche que l'obligation du débiteur principal ſubſiſte, quoique la caution ait ceſſé d'être obligée.

Par la même raiſon lorſque le créancier de deux débiteurs ſolidaires devient héritier de l'un d'eux, *aut vice versâ*, lorſque l'un d'eux devient héritier du créancier, l'autre codébiteur demeure obligé.

Eſt-ce pour le total? La Loi 71, ff. *de fidej.* décide que ſi ces débiteurs ſolidaires étoient aſſociés, ce débiteur qui n'étoit en ce cas débiteur du total, qu'à la charge d'un recours contre celui en la perſonne de qui la confuſion s'eſt faite, ne demeuroit obligé que ſous la déduction de la part pour laquelle il avoit eu ce recours contre lui, n'étant pas juſte que la confuſion le prive de ce recours.

Dans notre Droit François chacun des débiteurs ſolidaires, quoiqu'ils ne ſoient pas aſſociés, ayant, en payant, recours contre les autres pour leur part, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 281, il faut décider indiſtinctement, que lorſqu'il ſe fait confuſion de la dette en la perſonne de l'un des débiteurs ſolidaires, l'autre ne demeure obligé que ſous la déduction de la part pour laquelle il auroit eu recours contre celui en la perſonne de qui la confuſion s'eſt faite. Nous avons déja vu *ſuprà*, *n.* 275, que lorſque le créancier avoit déchargé l'un des débiteurs ſolidaires, l'autre ne demeuroit obligé que ſous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre ſon codébiteur qui a été déchargé: par la même raiſon le codébiteur de celui qui a été déchargé par la confuſion, ne doit demeurer débiteur que ſous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre lui.

646. Si celui qui étoit créancier de Pierre d'une certaine ſomme, m'a cédé ſa créance, & qu'avant que Pierre ait accepté le tranſport, ou que je lui aie fait ſignifier, il devienne héritier de Pierre, qui eſt le débiteur, il ſe fera, à la vérité, confuſion & extinction de la dette de Pierre, qu'il m'a cédée; mais comme il étoit par la ceſſion qu'il m'a faite, débiteur envers moi de ce droit de créance qu'il m'avoit cédé, & que c'eſt par l'acceptation qu'il a faite de la ſucceſſion du débiteur, & par conſéquent par ſon fait, que cette créance qu'il m'avoit cédée, a été éteinte, il eſt tenu de m'en fournir la valeur: car tout débiteur eſt tenu de payer le prix ou la valeur de la choſe qu'il devoit, lorſque c'eſt par ſon fait qu'elle a ceſſé d'exiſter, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 661.

Si le tranſport avoit déja été accepté, ou ſignifié, lorſque mon cédant eſt devenu

devenu héritier du débiteur, il ne ſe ſeroit pas fait de confuſion; parce qu'il n'étoit plus effectivement le créancier, & que je l'étois devenu à ſa place.

647. Lorſque le créancier devient héritier, non du débiteur, mais de celui qui étoit obligé d'acquitter le débiteur, il ne ſe fait pas, à la vérité, confuſion de la dette; mais elle s'éteint au moins indirectement, & quant à l'effet. Il ne peut plus l'exiger du débiteur, ayant ſuccédé à l'obligation de l'en garantir & de l'indemniſer.

648. Pour qu'il ſe faſſe confuſion totale de la dette, il faut que la même perſonne réuniſſe non-ſeulement la qualité de créancier, mais celle de créancier du total; & non-ſeulement la qualité de débiteur, mais celle de débiteur du total.

Si celui qui n'eſt que créancier pour partie, devenoit héritier unique du débiteur, il eſt évident qu'il ne ſe feroit confuſion & extinction que de la partie de la dette dont il eſt créancier : *& vice versâ*, ſi le créancier du total devenoit héritier de celui qui n'étoit que débiteur de partie, il ne ſe feroit confuſion que de cette partie de la dette.

Il n'eſt pas moins évident que lorſque le créancier du total devient l'un des héritiers du débiteur du total, il ſe fait confuſion & extinction de la dette, ſeulement quant à la partie pour laquelle il eſt héritier, & pour laquelle il eſt tenu de toutes les autres dettes de la ſucceſſion : mais la créance ſubſiſte contre ſes cohéritiers, pour la part dont chacun d'eux eſt tenu des dettes; L. 50, ff. *de fidejuſſ.*; L. 1, *cod. de hered. act.*

CHAPITRE VI.

De l'extinction de l'Obligation par l'extinction de la choſe due, ou lorſqu'elle ceſſe d'être ſuſceptible d'obligation, ou qu'elle eſt perdue, de maniere qu'on ignore où elle eſt.

ARTICLE PREMIER.

Expoſition générale des principes ſur cette maniere dont s'éteignent les dettes.

649. IL ne peut y avoir de dette, ſans qu'il y ait quelque choſe de dû, qui ſoit la matiere & l'objet de l'obligation; d'où il ſuit que lorſque la choſe qui étoit due vient à périr, ne reſtant plus rien qui ſoit l'objet & la matiere de l'obligation, il ne peut plus y avoir d'obligation. L'extinction de la choſe due, emporte donc néceſſairement l'extinction de l'obligation; L. 33, 57, ff. *de verb. oblig.*

650. Par la même raiſon, ſi la choſe qui étoit due eſt devenue par la ſuite, non ſuſceptible d'être la matiere & l'objet d'une obligation, il ne peut plus reſter d'obligation. Cela arrive lorſque la choſe qui étoit due devient hors du

commerce. C'eſt pourquoi Ulpien dit : *Is qui alienum ſervum promiſit, perducto eo ad libertatem, non tenetur ;* L. 51, ff. *de verb. oblig.*

Suivant ce principe, ſi vous vous êtes obligé à me livrer un certain minot de terre, & que depuis, par autorité publique, on l'ait pris pour faire un grand chemin, la créance que j'avois de ce minot de terre eſt éteinte ; parce que ce minot de terre étant devenu hors du commerce, n'eſt plus ſuſceptible d'être l'objet & la matiere d'une créance & d'une obligation : ne reſtant donc plus rien qui puiſſe être l'objet de la créance que j'avois, elle ne peut ſubſiſter.

651. Non-ſeulement lorſque la choſe qui faiſoit l'objet de l'obligation, devient non ſuſceptible abſolument d'obligation, l'obligation s'éteint ; elle s'éteint auſſi lorſque cette choſe qui m'étoit due, ceſſe de pouvoir m'être due, quoiqu'elle puiſſe être ſuſceptible d'obligation envers un autre.

Il y en a un premier exemple en la Loi 136, §. 1, ff. *de verb. oblig.* Vous vous êtes obligé de me faire avoir pour mon héritage un droit de paſſage ſur l'héritage voiſin : avant que cette ſervitude ait été impoſée, j'ai aliéné mon héritage, ſans céder à l'acquéreur ma créance pour ce droit de paſſage : cette créance s'éteint, parce que le droit de paſſage qui en faiſoit l'objet, ne peut plus m'être dû, ce droit ne pouvant être dû qu'au propriétaire de l'héritage.

652. Un ſecond exemple eſt, lorſque celui qui eſt créancier d'un corps certain, en vertu d'un titre lucratif, en devient propriétaire par un autre titre pareillement lucratif ; la créance de cette choſe s'éteint en ce cas : *Omnes debitores qui ſpeciem ex causâ lucrativâ debent, liberantur, quum ea ſpecies ex causâ lucrativâ ad creditores perveniſſet ;* L. 17, ff. *de oblig. & act.*

La raiſon eſt tirée de notre principe : lorſque je ſuis devenu propriétaire de la choſe qui m'étoit due, elle ne peut plus m'être due ; car on ne peut me devoir ce qui eſt déja à moi ; il répugne que quelqu'un ſoit obligé à me donner ce qui eſt déja à moi ; *nam quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt ;* ne reſtant donc plus rien qui puiſſe être le ſujet de l'obligation, elle ne peut ſubſiſter.

De-là cette regle des Docteurs : *duæ cauſæ lucrativæ, in eamdem rem & perſonam, concurrere non poſſunt.*

653. Pour que la dette s'éteigne lorſque le créancier eſt devenu propriétaire de la choſe qui lui étoit due, il faut qu'il ait acquis une pleine & parfaite propriété de cette choſe : ſans cela la dette ſubſiſte, & le débiteur de cette choſe eſt obligé de parfaire au créancier ce qui manque à la perfection du droit de propriété qu'il a de cette choſe.

Par exemple, ſi quelqu'un m'a légué un héritage qu'il ſçavoit n'être pas à lui, & que depuis ſa mort, & avant l'exécution du legs, le propriétaire m'en ait fait donation ſous la réſerve d'uſufruit, la créance de cet héritage que j'ai contre l'héritier du tenateur n'eſt pas éteinte, quoique je ſois devenu propriétaire de la choſe qui m'étoit due ; parce qu'il manque quelque choſe à la perfection de ma propriété ; ſçavoir, l'uſufruit dont mon héritage eſt chargé. L'héritier du teſtateur demeure donc débiteur de cet héritage, en ce ſens qu'il eſt obligé de racheter pour moi cet uſufruit qui me manque, ou de m'en payer le prix.

Si on m'en a donné la pleine propriété, mais que la donation ſoit ſujette à révocation, *putà*, pour cauſe de ſurvenance d'enfans, parce que le donateur n'en avoit point lorſqu'il me l'a faite, il manque encore en ce cas quelque choſe à la perfection de ma propriété, ſuivant cette regle, *non videtur perfectè cujuſque id eſſe, quod ei ex causâ auferri poteſt*; L. 139, §. 1, ff. *de regul. jur.* C'eſt pourquoi le débiteur demeure obligé à me faire conſerver l'héritage, dans le cas auquel la donation qui m'en a été faite, viendroit par la ſuite à être révoquée par la ſurvenance d'enfans.

654. Il faut auſſi que ce ſoit à titre lucratif que je ſois devenu propriétaire de la choſe dont j'étois créancier, pour que ma créance s'éteigne. Si ce n'eſt qu'à titre onéreux que je l'ai acquiſe, *putà*, ſi on me l'a vendue, celui qui étoit mon débiteur de cette choſe n'eſt pas libéré: car je ne ſuis pas cenſé avoir parfaitement acquis cette choſe, lorſqu'il m'en coûte pour l'acquiſition; *hactenùs mihi abeſſe res videtur, quatenùs ſum præſtaturus*; L. 34, §. 8, ff. *de leg.* 10. La créance que j'avois de cette choſe ne laiſſe donc pas de ſubſiſter, à l'effet de me faire rembourſer de ce qu'il m'en a coûté.

655. Enfin pour que ma créance s'éteigne, lorſque je ſuis devenu propriétaire, quoiqu'à titre lucratif, de la choſe qui m'étoit due, il faut que cette créance procede pareillement d'un titre lucratif: car ſi j'étois créancier à titre onéreux, *putà*, à titre d'achât, ma créance ne s'éteint point. *Cùm creditor, ex causâ onerosâ, vel emptor, ex lucrativâ causâ rem habere cœperit, nihilominùs integras actiones retinent*; L. 19, ff. *oblig. & act. adde*; L. 13, §. 15, ff. *de act. empt.*

Par exemple, ſi j'ai acheté de vous un héritage qui ne vous appartenoit pas, & que depuis j'en ſois devenu propriétaire par la donation, ou par le legs que m'en a fait le véritable propriétaire, ma créance réſultante de la vente que vous m'en avez faite, n'eſt pas éteinte. La raiſon eſt, que tout débiteur à titre onéreux, tel qu'eſt un vendeur, eſt obligé à la garantie de la choſe qu'il doit, & que cette garantie conſiſte dans l'obligation que contracte le vendeur, de faire avoir à l'acheteur la choſe, en vertu de la vente qui lui en a été faite, *præſtare emptori rem habere licere ex causâ venditionis ipſi factæ*. Il ſuffit donc que ce ne ſoit pas en vertu de la vente que vous m'avez faite que je tienne la choſe, quoique j'en ſois propriétaire d'ailleurs, pour qu'il y ait lieu à la garantie.

656. Une choſe qui eſt perdue, de maniere qu'on ignore où elle eſt, eſt peu différente de celle qui a ceſſé d'exiſter. C'eſt pourquoi lorſque cette perte eſt arrivée ſans la faute du débiteur; comme lorſque par une violence à laquelle il ne pouvoit pas réſiſter, la choſe qu'il devoit lui a été ravie par des voleurs qui l'ont emportée, on ne ſçait pas où; le débiteur eſt quitte de ſon obligation, de même que ſi la choſe avoit ceſſé d'exiſter; avec cette différence néanmoins qu'une choſe qui a ceſſé d'exiſter, ne pouvant plus revivre, le débiteur eſt quitte de ſon obligation abſolument, lorſque la choſe a ceſſé d'exiſter; au lieu qu'une choſe perdue pouvant ſe retrouver, le débitteur n'eſt quitte en ce cas de ſon obligation que pendant qu'elle ſera perdue, & au cas qu'elle ne ſe retrouve pas.

Il reſte une queſtion ſur cette matiere. Lorſque le débiteur d'un corps cer-

tain qui ne s'eſt pas chargé des cas fortuits, & qui eſt ſeulement tenu des accidens qui ſeroient arrivés par ſa faute, allegue que la choſe par lui due eſt périe, ou a été perdue ſans ſa faute, ou par un cas fortuit, eſt-ce au créancier à prouver que la perte eſt arrivée par la faute du débiteur; ou au contraire, eſt-ce au débiteur à prouver le cas fortuit par lequel il prétend qu'elle eſt arrivée? Je penſe qu'on doit décider que c'eſt au débiteur à prouver le cas fortuit. Si un demandeur eſt obligé de fournir la preuve de ce qui ſert de fondement à ſa demande, le défendeur eſt obligé pareillement de fournir la preuve de ce qui ſert de fondement à ſes défenſes: le créancier qui demande à ſon débiteur le paiement de la choſe que ſon débiteur s'eſt obligé de lui donner, doit juſtifier de ſa créance qui ſert de fondement à ſa demande, & il en juſtifie par le rapport du titre de la créance: le débiteur qui oppoſe pour défenſes contre cette demande, qu'il eſt quitte de la dette de cette choſe, par le cas fortuit qui en a cauſé la perte, doit juſtifier des cas fortuits qui ſervent de fondement à ſes défenſes.

Cela eſt conforme à ce qu'enſeigne Ulpien en la Loi 19, ff. *de prob. In exceptionibus dicendum eſt reum partibus actoris fungi oportere, ipſumque exceptionem velut intentionem implere, id eſt probare debere.*

Article II.

Quelles eſpeces d'obligations ſont ſujettes à s'éteindre par l'extinction de la choſe due, ou lorſqu'elle ceſſe de pouvoir être due.

657. Il eſt évident que les obligations d'un corps certain & déterminé, s'éteignent par l'extinction de ce corps certain & déterminé.

A l'égard des obligations alternatives, elles ne s'éteignent pas par l'extinction de l'une des deux choſes qui ſont dues ſous une alternative; mais cette obligation, d'alternative qu'elle étoit, devient déterminée à l'autre qui reſte. La raiſon eſt que dans l'obligation alternative de deux choſes, les deux choſes ſont dues, *ſuprà*, *n.* 246: il ſuffit qu'il en reſte une, pour qu'il y ait une choſe due, & par conſéquent un ſujet ſuffiſant d'obligation.

Par exemple, ſi ayant deux chevaux, vous vous êtes obligé de me donner l'un des deux; la mort de l'un des deux n'éteindra pas l'obligation, & vous me devrez celui qui reſte; *non jam alternatè, ſed determinatè.*

Il en eſt de même, ſi l'une des choſes qui m'eſt due ſous une alternative, ceſſe de pouvoir m'être due; *putà*, ſi j'en deviens propriétaire à titre lucratif, l'obligation ſubſiſtera pour l'autre choſe qui reſte: *Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, & alter ex eis meus ſit factus ex aliâ causâ, reliquus debetur mihi à te;* L. 16, ff. *de verb. oblig.*

Le principe que nous avons établi, que l'obligation alternative ne s'éteint point par l'extinction de l'une des choſes qui étoit due ſous une alternative, ni lorſqu'elle ceſſe de pouvoir m'être due, n'a lieu que lorſque cela arrive pendant que l'obligation eſt encore alternative: mais ſi cette obligation avoit été déterminée à l'une des choſes, *putà*, par l'offre que le débiteur auroit faite, & la demeure en laquelle il auroit conſtitué le créancier de la recevoir,

en ce cas il n'eſt pas douteux que l'obligation ſeroit éteinte par l'extinction qui arriveroit de cette choſe ; L. 105, ff. *de verb. oblig.*

658. L'extinction des obligations par l'extinction de la choſe due, ne peut tomber ſur les obligations d'une ſomme d'argent ou de quelque quantité, comme de tant de muids de bled, de tant de livres de beurre, *&c.* ; ni ſur celle d'un corps indéterminé, comme d'une vache, d'un cheval, ſans déterminer quelle vache, quel cheval ; il ne peut y avoir en ce cas d'extinction de la choſe due, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui n'eſt pas déterminé, *genus non perit.* C'eſt pourquoi la Loi 11, *Cod. ſi certum pet.* décide que le débiteur d'une ſomme d'argent n'eſt point libéré par l'incendie de ſes effets ; *incendium ære alieno non exuit debitorem ;* car l'argent & ſes autres effets qui ont péri par l'incendie, ne ſont pas la choſe qu'il doit ; c'eſt une ſomme d'argent, laquelle étant indéterminée, ne peut périr. Mais ſi l'obligation indéterminée, s'étoit déterminée à l'obligation d'un corps certain, par l'offre que le débiteur en auroit faite, & la demeure en laquelle il auroit conſtitué le créancier, il n'eſt pas douteux que cette obligation deviendroit dès-lors ſujette à s'éteindre, par l'extinction du corps qui a été offert.

659. Lorſque l'obligation n'eſt pas abſolument indéterminée, & qu'elle eſt d'une choſe indéterminée à la vérité, mais qui fait partie d'un nombre indéterminé de certaines choſes, elle peut s'éteindre par l'extinction de toutes ces choſes.

Par exemple, ſi quelqu'un me doit un tonneau *du vin qu'il a dans une telle maiſon*, & qu'il en ait cent dans cette maiſon ; tant qu'il en reſtera, ſon obligation ſubſiſtera : mais s'il n'en reſte aucun, *putà*, ſi une inondation a tout emporté, l'obligation ſera éteinte.

Cette déciſion a lieu lorſque les termes de l'obligation ſont limitatifs, & reſtreignent l'obligation à ce nombre de choſes. Il en ſeroit autrement ſi les termes étoient ſeulement démonſtratifs. Par exemple, ſi quelqu'un s'étoit obligé à me fournir un tonneau de vin *à prendre dans ceux de ſa cave*, quand même tous les tonneaux qui étoient dans la cave du débiteur auroient péri par cas fortuit, l'obligation ne ſeroit pas éteinte ; parce qu'elle n'eſt pas reſtreinte aux ſeuls tonneaux qui étoient dans la cave du débiteur. Ces termes *à prendre* ne ſont point limitatifs, ils ne ſont que démonſtratifs ; ils déſignent ſeulement *undè ſolvetur* ; ils ne tombent point ſur la diſpoſition ; ils ne la reſtreignent point ; ils ne concernent que ſon exécution. *Voyez in Pandect. Juſtinian. le titre de cond. & dem. n.* 235.

ARTICLE III.

Quelles extinctions de la choſe due éteignent la dette ; quand & contre qui elle eſt perpétuée nonobſtant cette extinction.

660. L'extinction de la choſe due éteint la dette, lorſque la choſe eſt totalement périe ; s'il en reſte quelque choſe, la dette ſubſiſte au moins pour ce qui en reſte. Par exemple, ſi j'étois créancier d'un troupeau qui m'a été vendu ou légué, & qu'il n'en reſtât qu'une bête, les autres étant péries par

une mortalité ; ou ſi j'étois créancier d'une maiſon qui a été depuis incendiée ; la dette du troupeau ſubſiſteroit quant à la bête qui en reſteroit, & pareillement la dette de la maiſon ſubſiſteroit quant à la place & les matériaux qui en reſteroient.

661. Pour que l'extinction de la choſe due éteigne la dette, il faut auſſi qu'elle arrive ſans le fait ni la faute du débiteur, & avant qu'il ait été conſtitué en demeure.

Si la perte de la choſe due eſt arrivée par le fait du débiteur, il eſt évident que l'obligation ne doit pas être éteinte, & qu'elle doit ſe convertir en l'obligation du prix de cette choſe : car le débiteur ne peut pas par ſon fait ſe libérer de ſon obligation, & faire perdre à ſon créancier ſa créance.

Cette déciſion a lieu, quand même le débiteur auroit détruit la choſe, avant qu'il ſçût qu'il en étoit débiteur ; L. 91, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

662. Si la perte de la choſe due eſt arrivée, non préciſément par le fait du débiteur, mais par ſa faute, parce qu'il n'a pas eu le ſoin qu'il devoit en avoir, la dette n'eſt pas éteinte, & elle ſe convertit pareillement en l'obligation du prix de la choſe.

On eſtime à cet égard différemment la faute du débiteur, ſuivant la différente nature des contrats d'où nait l'obligation, *ſuprà*, *n.* 142.

663. Enfin, la perte de la choſe due n'éteint point l'obligation, lorſqu'elle eſt arrivée depuis que le débiteur a été conſtitué en demeure de la donner ; L. 82, §. 1, ff. *de verb. oblig.*

Suivant notre Droit François, un débiteur eſt conſtitué en demeure, ou par le commandement qui lui eſt fait, lorſque le titre de créance eſt exécutoire ; ou par le ſimple exploit d'aſſignation qui lui eſt donné, lorſque le titre n'eſt pas exécutoire.

Pour que la perte de la choſe due, arrivée depuis la perte de l'obligation, n'éteigne point l'obligation, il faut, 1°. qu'elle arrive pendant que cette demeure dure encore : mais ſi la demeure du débiteur avoit été purgée, ſoit par des offres réelles qu'il auroit faites au créancier, par leſquelles il auroit mis le créancier lui-même en demeure de recevoir, ſoit par quelque convention entre le créancier & le débiteur, la perte de la choſe due qui arriveroit depuis que la demeure en laquelle avoit été le débiteur, auroit été purgée, feroit tomber l'obligation : la demeure du débiteur ayant été purgée & ne ſubſiſtant plus, ne peut plus avoir l'effet de perpétuer l'obligation, nonobſtant l'extinction de la choſe due ; L. 91, §. 3, ff. *de verb. obl.*

664. Pour que la perte de la choſe due, ſurvenue depuis la demeure du débiteur, n'éteigne point la dette, il faut, 2°. que la choſe ne fût pas également périe chez le créancier, ſi elle lui eût été livrée lors de la demande ; L. 47, §. *fin. de leg.* 1 ; L. 14, §. 1. ff. *depoſ.* ; L. 12, §. 4, ff. *ad exhib.* ; L. 15, §. *fin.* ff. *de rei vend.* Car la demeure du débiteur ne perpétue la dette, nonobſtant l'extinction de la choſe due, que par forme de dommages & intérêts : ſi le créancier n'a pas ſouffert de la demeure de ſon débiteur, il ne lui en eſt pas dû : or, il eſt évident qu'il n'en ſouffre pas, ſi la choſe fût également périe chez lui.

On préſumera facilement que la choſe ne ſeroit pas également périe chez

le créancier, ſi le créancier étoit un Marchand qui l'achetoit pour la revendre.

Si la choſe a péri par l'incendie du lieu où elle étoit chez le débiteur, il eſt évident qu'elle ne ſeroit pas périe ſi elle eût été livrée au créancier.

On n'entre point dans la diſcuſſion de ſçavoir ſi la choſe ſeroit périe également chez le créancier, à l'égard de la reſtitution des choſes dues par ceux qui les ont volées ou ravies : ils ſont tenus indiſtinctement du prix de la choſe, lorſqu'elle eſt périe entre leurs mains ; L. *fin.* ff. *de cond. furt.* ; L. 19, ff. *de vi & vi arm. quod ita receptum odio furti & violentiæ.* Obſervez auſſi à l'égard de ces perſonnes, qu'elles ſont cenſées en demeure du jour de leur vol ou raviſſement, & qu'il n'eſt pas beſoin de demande pour les y mettre.

665. Lorſque la choſe due a péri par le fait, ou la faute du débiteur principal, ou depuis ſa demeure, la créance du prix de cette choſe ſubſiſte non-ſeulement contre lui & ſes héritiers, mais même contre ſes cautions, & en général contre tous ceux qui ont accédé à ſon obligation ; L. 91, §. 4 & 5, ff. *de v. oblig.* ; L. 58, §. 1, ff. *de fidejuſ.* ; L. 24, §. 1, ff. *de uſur.* Paul en rend cette raiſon, *quia in totam cauſam ſpoponderunt.* Les cautions en ſe rendant, pour le débiteur principal, cautions de l'obligation principale de donner une certaine choſe, ſont cenſées s'être pareillement rendues cautions des obligations ſecondaires qui dérivent de cette obligation principale, telle qu'eſt celle de conſerver la choſe avec tout le ſoin convenable juſqu'à la tradition, & généralement d'apporter toute la bonne foi & toute la fidélité convenable à l'accompliſſement de l'obligation principale : elles ne peuvent donc pas être libérées de leur obligation par la pure perte de la choſe qui arrive par la faute du débiteur principal, ou depuis la demeure ; puiſqu'étant, comme nous l'avons dit, cautions du ſoin qu'il devoit apporter à la conſervation de la choſe, & de la fidélité qu'il devoit apporter à l'accompliſſement de ſon obligation, elles ſont reſponſables de la faute par laquelle ce débiteur a laiſſé périr la choſe, & de la demeure injuſte par laquelle il a contrevenu à la fidélité qu'il devoit apporter à l'accompliſſement de ſon obligation.

Ces principes paroiſſent contraires à la regle de Droit, qui dit *unicuique ſua mora nocet* ; L. 173, §. 2, ff. *de reg. jur.* Car il paroît ſuivre de cette regle, que la demeure du débiteur principal ne doit nuire qu'à lui, & non à ſes cautions. Cujas & les autres interpretes concilient cette regle avec nos principes, par cette diſtinction : la demeure du débiteur principal ne peut nuire à la vérité aux cautions à l'effet d'augmenter leur obligation, *non nocet non augendam obligationem* : par exemple, dans les dettes d'une ſomme d'argent, la demeure du débiteur, ne peut nuire aux cautions qui ſe ſont obligées pour une certaine ſomme déterminée, à l'effet de les aſſujettir aux intérêts qui ſont dus par ce débiteur du jour de la demeure ; car la demeure du débiteur ne nuit pas aux cautions *ad augendam eorum obligationem* ; elle ne peut donc pas obliger aux intérêts ces cautions, qui ne ſont obligées que pour la ſomme principale ; c'eſt le cas de la Loi 173. Mais dans les dettes d'un corps certain, la demeure du débiteur peut nuire aux cautions, dont le cautionnement eſt illimité, à l'effet de perpétuer leur obligation, & d'empêcher qu'elle

ne ſoient libérées par la perte de la choſe ſurvenue depuis la demeure ; *non nocet ad augendam obligationem, ſed nocet ad perpetuandam obligationem.*

666. *Contrà vice verſâ* : ſi la choſe eſt périe par le fait ou la faute de la caution, ou depuis qu'elle a été miſe en demeure, il n'y aura que la caution qui demeurera obligée au prix de la choſe : le débiteur principal ſera libéré par l'extinction de la choſe ; L. 32, §. *fin.* ff. *de uſur.* ; L. 49, *de verb. oblig.* La raiſon de cette différence eſt que la caution eſt bien obligée pour le débiteur principal ; mais le débiteur principal n'eſt point obligé pour la caution, & par conſéquent il ne peut être tenu de l'obligation que la caution a contractée par ſon fait, ſa faute ou ſa demeure.

667. Si la choſe due eſt périe par le fait ou la faute de l'un des codébiteurs ſolidaires ou depuis ſa demeure, les autres codébiteurs en ſeront tenus ; L. 18, ff. *de duobus reis.* *Voyez* ce que nous en avons dit en traitant des obligations ſolidaires, *ſuprà*, *n.* 273.

Si la choſe étoit périe par le fait ou par la faute de l'un des héritiers du débiteur, ou depuis ſa demeure, ſes cohéritiers n'en ſeroient pas tenus ; L. 48, §. 1, ff. *de leg.* 1, car quoique comme biens-tenans ils ſoient tenus hypothécairement du total de la dette, ils ne ſont perſonnellement débiteurs chacun que pour leur part, ils ne ſont point entr'eux débiteurs ſolidaires, ils ne ſont point tenus l'un pour l'autre.

668. Le principe que nous avons établi, que le débiteur d'un corps certain eſt libéré de ſon obligation, lorſque la choſe due eſt périe ſans ſon fait & ſans ſa faute, & avant qu'il ait été mis en demeure, reçoit exception dans le cas auquel le débiteur ſe ſeroit, par une clauſe particuliere du contrat, chargé du riſque des cas fortuits. Par exemple, ſi j'ai donné une pierre à tailler à un Lapidaire, & qu'elle ſe ſoit caſſée ſans aucune faute de la part de l'ouvrier, mais par le vice de la matiere ; quoique réguliérement cette perte qui eſt ſurvenue ſans ſa faute, & par une eſpece de cas fortuit, doive le libérer de l'obligation qu'il a contractée, de me rendre cette pierre ; néanmoins ſi, par une clauſe particuliere de notre marché, il s'eſt chargé de ce riſque, il ne ſera pas libéré ; il ſera tenu de me payer le prix de cette pierre ; c'eſt l'eſpece de la Loi 13, §. 5, ff. *locat.* Ces conventions par leſquelles un débiteur ſe charge des cas fortuits, n'ont rien de contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats, ſur-tout lorſque le débiteur qui ſe charge du riſque, reçoit de l'autre partie, quelque choſe d'équivalent à l'eſtimation du riſque dont il s'eſt chargé ; car les riſques ſont quelque choſe d'appréciable. Par exemple, dans l'eſpece ci-deſſus propoſée, le Lapidaire qui s'eſt chargé du riſque de la matiere, eſt cenſé en être dédommagé par un prix de ſon ouvrage plus fort qu'il n'auroit été, s'il ne ſe fût pas chargé de ce riſque.

Pareillement, dans le contrat de prêt à uſage, lorſque l'emprunteur ſe charge du riſque des cas fortuits, à l'égard de la choſe qui lui eſt prêtée, comme dans l'eſpece de la Loi 1, *Cod. commod.*, il eſt dédommagé de ce riſque dont il ſe charge, par la jouiſſance de cette choſe que le prêteur n'étoit pas obligé de lui prêter gratuitement, & qu'il pouvoit lui louer.

Dans le contrat de nantiſſement, le créancier qui ſe charge du riſque des choſes qu'on lui donne en nantiſſement, comme dans l'eſpece de la Loi 6, *Cod.*

Cod. de pign. act. eſt dédommagé de ce riſque, par la ſûreté qu'il ſe procure, ſûreté que ſon débiteur, qui ne s'étoit pas obligé à lui donner des gages, n'étoit pas obligé de lui procurer.

Quand même le débiteur qui s'eſt chargé du riſque des cas fortuits, ne recevroit rien pour ce riſque dont il ſe charge, ſi en s'en chargeant, il a eu intention d'exercer une libéralité envers l'autre partie, la clauſe ne contient en ce cas aucune injuſtice. Si au contraire le débiteur n'ayant pas l'intention d'exercer aucune libéralité, mais ayant celle de recevoir autant qu'il donne, s'eſt chargé de ces cas fortuits, la clauſe dans le for de la conſcience eſt inique, lorſqu'il ne retire aucun avantage par le marché, qui ſoit équivalent à ce riſque dont il ſe charge : dans le for extérieur, on l'en préſume dédommagé.

Un débiteur peut ſe charger, non-ſeulement du riſque d'une certaine eſpece de cas fortuits, comme dans l'eſpece de la Loi 13, §. 5, ff. *locat.* ci-deſſus rapportée, il peut même ſe charger généralement de tous les cas fortuits par leſquels la choſe peut périr, comme dans l'eſpece de la Loi 6, *Cod. de pign. act.* Quelque générale que ſoit la clauſe, elle ne comprend que ceux qui ont pu être prévus par les parties, & non pas ceux qu'elles n'ont pu prévoir, & auxquelles il n'y auroit aucun lieu de s'attendre ; *arg.* L. 1, §. 9, ff. *de tranſact.* Guthier, *tract. de contract. jur.* §. 24, eſtime que cette déciſion doit avoir lieu, quand même la clauſe s'exprimeroit en ces termes, *ſe charge de tous cas fortuits, tant prévus qu'imprévus.* Voyez notre Traité du Contrat de Louage, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 2, §. 5, où nous avons traité avec étendue de toutes ces clauſes.

ARTICLE IV.

Si l'obligation qui eſt éteinte par l'extinction de la choſe due, eſt tellement éteinte, qu'elle ne ſubſiſte pas pour ce qui reſte de cette choſe, ni pour les droits & actions qu'a le débiteur par rapport à cette choſe.

669. Lorſque l'extinction de la choſe due n'eſt pas une extinction totale, & qu'il reſte quelque partie de cette choſe, il ne peut être douteux en ce cas que l'obligation ſubſiſte pour la partie qui reſte de la choſe due. Par exemple, ſi vous étiez débiteur envers moi d'un troupeau qui fût péri par mortalité, & dont il ne reſtât plus qu'une bête ; ou ſi vous étiez débiteur envers moi d'une maiſon qui a été conſumée par le feu du ciel, il n'eſt pas douteux que vous demeurez envers moi débiteur de la bête qui reſte du troupeau, ou de la place & des matériaux qui reſtent de la maiſon : car la bête qui reſte du troupeau, quoiqu'elle ne puiſſe pas ſeule compoſer un troupeau, eſt néanmoins, dans un ſens très-propre, une partie de ce troupeau : la place & les matériaux échapés aux flammes, ſont dans un ſens très-propre, une partie de cette maiſon. On peut donc dire dans ces deux cas, que le troupeau qui m'étoit dû ſubſiſte encore, non pas totalement, mais en partie, dans la bête qui en eſt reſtée ; & pareillement, que la maiſon qui m'étoit due, ſubſiſte

encore en partie, dans ce qui eſt reſté de cette maiſon; & ces parties qui ſont reſtées peuvent être encore le ſujet de l'obligation.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel l'extinction de la choſe due eſt une extinction totale, de maniere que ce qui en reſte, ne puiſſe être regardé comme une partie de cette choſe. C'eſt ce qui arrive lorſque la choſe due eſt une choſe individuelle, tel qu'eſt un animal : c'eſt une queſtion, ſi en ce cas l'obligation ſubſiſte dans ce qui reſte de la choſe due. Par exemple, ſi vous étiez débiteur envers moi d'un certain bœuf, c'eſt une queſtion, ſi ce bœuf étant mort ſans votre faute, je ſerois fondé à en demander la peau. La raiſon de douter eſt, que la mort du bœuf eſt une extinction totale de la choſe qui m'étoit due : on ne peut pas dire que ce bœuf qui m'étoit dû, ſubſiſte encore depuis ſa mort pour quelque partie : la peau de ce bœuf eſt bien quelque choſe qui reſte de ce bœuf; mais on ne peut pas dire que ce ſoit proprement une partie du bœuf vivant qui m'étoit dû. Y ayant une extinction totale de la choſe due, l'obligation, dit-on, doit être totalement éteinte : je ne puis rien demander, pas même la peau; car ce n'eſt que le bœuf que vous vous êtes obligé de me donner : il n'a pas été queſtion entre nous de la peau qui en reſteroit après ſa mort : vous ne vous êtes pas obligé de me donner cette peau, ce n'eſt pas cette peau qui m'eſt due, & par conſéquent je ne puis avoir aucun droit de vous la demander. Enfin on prétend que la Loi 49, ff. *de leg.* 2, décide cette queſtion contre le créancier, *mortuo bove qui legatus eſt neque corium neque caro debetur.* Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'on doit décider que le créancier eſt bien fondé, même en ce cas à demander ce qui reſte de la choſe due. 1°. L'équité reclame pour cette déciſion : en effet, lorſqu'un bœuf que je vous ai acheté & payé, eſt mort ſans votre faute avant la tradition que vous m'en deviez faire, ne ſeroit-ce pas une injuſtice manifeſte que vous profitaſſiez du malheur que j'ai de ſupporter la perte de ce bœuf, en retenant à votre profit & à mon préjudice la peau de ce bœuf, duquel vous m'étiez débiteur. 2°. Les principes du Droit établiſſent auſſi notre déciſion : il n'eſt pas révoqué en doute que de quelque maniere qu'une choſe qui m'appartient ſoit périe, ce qui reſte de cette choſe m'appartient pareillement, *meum eſt quod ex re mea ſupereſt;* L. 49, §. 1, ff. *de R. vind.* Or, ſi le *jus in re*, ſi le droit qu'on a dans une choſe, tel qu'eſt le *dominium* ou droit de propriété, continue de ſubſiſter après l'extinction de la choſe dans ce qui en reſte, pourquoi le *jus ad rem*, le droit qu'on a par rapport à une choſe, le droit de créance d'une choſe, ne continuera-t-il pas pareillement de ſubſiſter après l'extinction de la choſe dans ce qui en reſte? De même que *meum eſt quod ex re mea ſupereſt*, de même *mihi debetur quod ex re mihi debita ſupereſt.* C'eſt ce que décide fort bien Brunus en ſon Traité *de interitu*, après avoir établi que, *forma dat eſſe rei*, & que, *deſtructa forma ſubſtantiali, res interiiſſe videtur* : il dit que, *peremptâ formâ, ſi quid ex re ſupereſt, poteſt durare circà illud quod remanet, jus, actio & obligatio.*

A l'égard des raiſons de douter propoſées ci-deſſus, il eſt facile d'y répondre. On dit : l'extinction totale de la choſe due doit éteindre totalement la dette; & par conſéquent il ne peut plus reſter de droit au créancier pour demander ce qui en reſte. Je réponds, lorſque l'extinction de la choſe due

eſt ſi parfaitement totale qu'il ne reſte rien, j'accorde volontiers qu'en ce cas l'obligation eſt totalement éteinte : mais lorſque la choſe due n'eſt pas tellement éteinte qu'il n'en reſte quelque choſe, quoique ce qui en reſte ne ſoit pas proprement une partie de la choſe, je nie qu'une telle extinction ſoit une extinction pleinement & parfaitement totale de la choſe, & qu'elle doive éteindre totalement l'obligation, que je ſoutiens devoir ſubſiſter dans ce qui reſte de cette choſe. C'eſt un raiſonnement vicieux & une pétition de principe dans les raiſons de douter, que d'avoir avancé le contraire comme un principe, puiſque c'eſt préciſément ce qui eſt en queſtion. Enfin, on dit que le débiteur s'eſt obligé de donner le bœuf qui étoit vivant lors du contrat, & qu'il ne s'eſt pas obligé de donner la peau qui en reſteroit après ſa mort : je réponds qu'il ne s'eſt pas obligé *formaliter* à donner cette peau ; mais il s'y eſt obligé *implicitè & eminenter ;* l'obligation de donner une choſe contenant *eminenter* tout ce que cette choſe renferme & contient, & par conſéquent tout ce qui en reſtera après l'extinction de la choſe. A l'égard de la Loi 49, ff. *de leg.* 2, qu'on oppoſe, où il eſt dit que lorſque le bœuf qui a été légué eſt mort, le légataire n'en peut demander ni la peau, ni la chair, la réponſe eſt qu'on doit néceſſairement ſuppoſer dans l'eſpece de cette Loi, le bœuf mort avant l'échéance du legs ; c'eſt-à-dire, du vivant du teſtateur, s'il étoit pur & ſimple ; ou avant l'accompliſſement de la condition, s'il étoit conditionnel. Car ſi le bœuf n'étoit mort que depuis l'échéance du legs, la propriété en ayant été transférée par l'échéance du legs au légataire, il ne pourroit être douteux que tout ce qui reſteroit du bœuf lui appartiendroit, ſuivant cette regle de Droit ; *meum eſt, quod ex re mea ſupereſt, ideòque vindicari poteſt ;* L. 49, §. 1, ff. *de R. vind.* Or, en ſuppoſant, comme on doit néceſſairement le ſuppoſer, le bœuf mort avant l'échéance du legs, on ne peut rien conclure de cette Loi contre notre déciſion : car s'il eſt décidé par cette Loi que le légataire ne peut demander ce qui reſte de ce bœuf, ce n'eſt pas parce que la mort de ce bœuf a éteint totalement la dette du bœuf, puiſque ce bœuf étant mort avant l'échéance du legs, cette dette n'a jamais pu être contractée ; mais c'eſt que le legs n'a pu avoir lieu, la mort du teſtateur n'ayant pu confirmer le legs de ce qui n'exiſtoit plus.

L'obligation ſubſiſte auſſi après l'extinction de la choſe due, dans ce qui en étoit acceſſoire. Par exemple, ſi vous êtes débiteur envers moi d'un cheval harnaché, qui ſoit mort depuis le contrat ſans votre faute, je ſuis bien fondé à vous demander l'équipage de ce cheval, qui eſt demeuré pardevers vous. La Loi 2, ff. *de pecul. leg.* n'eſt pas contraire à cette déciſion : il eſt dit, *quæ acceſſionum locum obtinent extinguuntur, cùm principales res peremptæ fuerint :* la réponſe eſt que cette regle a lieu lorſqu'il n'y a encore aucune obligation contractée. Cette Loi eſt dans l'eſpece d'un eſclave qui ayant été légué avec ſon pécule, étoit mort avant l'échéance du legs. Le pécule n'étant pas légué *per ſe*, mais comme acceſſoire du legs de l'eſclave, le legs de l'eſclave n'ayant aucun effet, tout tomboit, il n'y avoit encore en ce cas aucune obligation contractée : mais lorſqu'une fois l'obligation d'une choſe avec ſes acceſſoires a été contractée, le créancier ayant acquis un droit, *jus ad rem*, par rapport

aux acceſſoires, comme par rapport à la choſe principale, il doit le conſerver même après l'extinction de la choſe principale.

670. Lorſque ſans la faute du débiteur la choſe qu'il devoit eſt périe, ou miſe hors du commerce, ou perdue de maniere qu'on ne ſçache pas ce qu'elle eſt devenue, ſi le débiteur a quelques droits & actions par rapport à cette choſe, ſon obligation ſubſiſte à l'effet qu'il ſoit tenu de ſubroger ſon créancier auxdits droits & actions. Par exemple, ſi vous êtes débiteur envers moi d'un cheval, qui ſans votre faute a été tué par un tiers, ou a été ravi par violence, ſans qu'on ſçache ce qu'il eſt devenu, vous ſerez, à la vérité, quitte envers moi du cheval; mais vous ſerez tenu de me ſubroger aux actions que vous avez contre ceux qui l'ont tué, ou qui l'ont ravi. Pareillement, ſi vous êtes débiteur envers moi d'un terrain, qui depuis a été pris pour faire une place publique, vous êtes quitte envers moi de ce terrain; mais vous devez me ſubroger à l'indemnité que vous avez droit de prétendre; ce ſera à moi de faire les frais néceſſaires pour la pourſuivre à mon profit.

CHAPITRE VII.

De pluſieurs autres manieres dont s'éteignent les obligations.

ARTICLE PREMIER.

Du Temps.

671. REGULIÉREMENT le temps n'éteint point les obligations; ceux qui s'obligent, s'obligent à perpétuité eux & leurs héritiers, juſqu'au parfait accompliſſement de leur obligation.

On peut néanmoins valablement convenir qu'on ne ſera obligé que juſqu'à un certain temps. Par exemple, je puis cautionner quelqu'un, à la charge que je ne ſerai plus tenu de mon cautionnement au bout de trois ans.

Par le Droit Romain, la convention par laquelle le débiteur convenoit qu'il ne ſeroit obligé que juſqu'à un certain temps, ou juſqu'à l'événement d'une certaine condition, quoique valable, ne procuroit pas néanmoins au bout de ce temps, ni lors de l'exiſtence de la condition, l'extinction de la dette de plein droit; mais elle donnoit au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre la demande du créancier, *exceptionem pacti*; L. 44, §. 1 & 2, ff. *de oblig. & act.*; L. 56, ff. *de verb. oblig.* §. 4. La raiſon qu'en donnent les Juriſconſultes, eſt que les obligations une fois contractées, ne peuvent s'éteindre que par les manieres naturelles ou légitimes, par leſquelles s'éteignent les obligations; & que le laps d'un temps ou l'exiſtence d'une condition, ne ſont pas une maniere de les éteindre.

Notre Droit n'admet pas ces ſubtilités, & nous réputons la dette éteinte de plein droit, par l'expiration du temps pendant lequel ſeulement le débiteur a voulu être obligé.

Si celui qui ne s'eſt obligé que juſqu'à un certain temps, avoit été mis en demeure de payer par une demande en Juſtice avant l'expiration du temps, il demeureroit obligé à perpétuité, & ne pourroit plus être libéré que par le paiement : car la demeure injuſte en laquelle il a été, ne doit pas lui être profitable & nuire au créancier ; L. 59, §. 5, *mandat.* Cela eſt conforme à cette regle de Droit, *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, ſemel incluſæ judicio ſalvæ permanent*; L. 139, ff. *de R. jur.*

Obſervez que dans les actes qui portent que l'une des parties contractantes s'eſt obligée pour un certain temps, il faut bien faire attention à ce qui a été entendu par les parties. Par exemple, ſi Pierre a emprunté de vous la ſomme de cent livres qu'il s'eſt obligé de vous rendre à votre volonté, & qu'il ſoit dit que je me ſuis rendu caution pour lui de cette ſomme envers vous, pendant le temps de trois ans ſeulement; il eſt évident que le ſens de cette clauſe eſt, que ſi pendant ledit temps je n'ai pas été mis en demeure d'acquitter cette dette, je ſerai au bout dudit temps de trois ans déchargé de plein droit de mon cautionnement; la clauſe ne pouvant pas en ce cas avoir un autre ſens. Mais ſi par un bail à ferme que vous avez fait pour le temps de ſix ans, il étoit dit que je me ſuis rendu caution pour le preneur pour le temps *de ſix ans ſeulement*, cela ne ſignifieroit pas qu'au bout de ſix ans je ſerois déchargé & quitte de mon cautionnement, quoique les obligations du bail n'euſſent pas été acquittées; mais ces termes devroient s'entendre en ce ſens, que par précaution, & quoiqu'il ne fût pas néceſſaire de s'en expliquer, j'ai voulu par-là déclarer que j'entendois me rendre caution ſeulement pour les obligations de ce bail qui devoit durer ſix ans, & non pour les baux que vous pourriez, après l'expiration de celui-ci, renouveller à ce fermier, ſoit expreſſément, ſoit par tacite reconduction.

ARTICLE II.

Des conditions réſolutoires.

672. De même qu'on peut contracter une obligation, à la charge qu'elle ne durera que juſqu'au bout d'un certain temps, on peut auſſi contracter une obligation, à la charge qu'elle ne durera que juſqu'à l'événement d'une certaine condition : comme lorſqu'en me rendant caution pour Pierre, j'ai ſtipulé que je m'obligeois pour lui, juſqu'au retour d'un certain vaiſſeau ſur lequel il a un gros intérêt, mon obligation ne dure que juſqu'au retour du vaiſſeau, le retour du vaiſſeau l'éteint.

On appelle cette eſpece de condition, *condition réſolutoire.* Voyez ce que nous avons dit *ſuprà*, *part.* 2, *chap.* 3, *art.* 2.

Dans les contrats ſinallagmatiques qui contiennent des engagemens réciproques que chacun des contractans contracte envers l'autre, on met ſouvent pour condition réſolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractans, l'inexécution de quelqu'un des engagemens de l'autre.

Par exemple, ſi je vous vends mon vin, à la charge que ſi vous ne venez l'enlever & payer dans huitaine, je ſerai déchargé de l'obligation, c'eſt une condition réſolutoire.

Selon la ſimplicité des principes, le ſeul laps du temps limité par le contrat, dans lequel vous deviez ſatisfaire à la condition, lorſqu'il s'eſt écoulé ſans que vous y ayez ſatisfait, devroit éteindre & réſoudre mon engagement dans tous ces cas, & autres ſemblables. Néanmoins dans notre Pratique Françoiſe, il eſt d'uſage de faire une ſommation au créancier par un Sergent, à ce qu'il ait à ſatisfaire à la condition, avec aſſignation devant le Juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir ſatisfait.

Quand même on n'auroit pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement, comme condition réſolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut ſouvent opérer le réſiliment du marché, & conſéquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je faſſe prononcer le réſiliment par le Juge, ſur l'aſſignation que je dois vous donner à cet effet. Suppoſons, par exemple, que je vous ai vendu ma bibliotheque purement & ſimplement, ſi vous tardez à m'en payer le prix, l'inexécution de l'engagement que vous avez contracté de me payer le prix convenu, donnnera lieu à l'inexécution de celui que j'ai contracté de vous livrer ma bibliotheque: mais cette extinction de mon engagement ne ſe fera pas de plein droit, elle ſe fera par la ſentence qui interviendra ſur l'aſſignation que je vous donnerai, pour voir dire, que faute par vous d'enlever ma bibliotheque & de m'en payer le prix, le marché demeurera nul. Il eſt en ce cas à la diſcrétion du Juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour ſatisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir ſentence qui prononcera le réſiliment du marché, & me déchargera de mon engagement.

ARTICLE III.

De la mort du Créancier & du Débiteur.

§. I.

Regles générales.

673. Réguliérement les créances ne s'éteignent pas par la mort du créancier; car ce qu'on ſtipule, on eſt cenſé le ſtipuler tant pour ſoi que pour ſes héritiers & autres ſucceſſeurs univerſels.

C'eſt pourquoi la créance par la mort du créancier, paſſe en la perſonne de ſes héritiers qui ſuccedent à tous ſes droits; & s'il n'avoit point d'héritiers, la créance eſt cenſée réſider dans ſa ſucceſſion vacante, qui à cet égard, *perſonæ vicem ſuſtinet defuncti.*

Pareillement, l'obligation ne s'éteint point par la mort du débiteur; car nous ſommes cenſés nous obliger tant pour nous que pour nos héritiers, & autres ſucceſſeurs univerſels. C'eſt pourquoi lorſque le débiteur meurt, l'obligation paſſe à ſes héritiers qui ſuccedent à tous ſes droits, tant actifs que paſſifs; & s'il ne laiſſe pont d'héritiers, elle réſide dans ſa ſucceſſion vacante qui le repréſente.

Le principe que les obligations paſſent aux héritiers du débiteur, & le droit qui en réſulte aux héritiers du créancier, a lieu, non-ſeulement à l'égard

des obligations qui consistent à donner quelque chose, mais aussi à l'égard de celles qui consistent à faire quelque chose, suivant la constitution de Justinien en la Loi 13, *Cod. de cont. & comm. stipul.*

§. II.

Des Créances qui s'éteignent par la mort du Créancier.

674. Il y a néanmoins certaines créances qui s'éteignent par la mort du créancier, telles que sont celles qui ont pour objet quelque chose qui est personnel au créancier; comme si quelqu'un s'est obligé de m'accorder l'usage d'un certain livre, toutes les fois que je l'en requerrois, ou de m'accompagner dans les voyages que je ferois; ces choses qui sont l'objet de ma créance m'étant personnelles, ma créance doit s'éteindre par ma mort.

Mais si faute par le débiteur de satisfaire à ses obligations, je l'avois fait condamner en des dommages & intérêts, cette créance de dommages & intérêts, en laquelle se seroit convertie ma créance originaire, passeroit à mes héritiers.

La créance pour réparations d'injures s'éteint aussi par la mort du créancier, lorsqu'il n'a pendant sa vie formé aucune plainte ni demande en justice : il est présumé en ce cas avoir remis & pardonné l'injure; L. 13, ff. *de injur.*

Les rentes viageres sont des dettes qui s'éteignent pour l'avenir par la mort du créancier, lorsqu'elles ont été constituées sur sa tête : mais la dette des arrérages qui ont couru jusqu'au jour de sa mort, passe à ses héritiers.

§. III.

Des Créances qui s'éteignent par la mort du Débiteur.

675. Il y a aussi quelques dettes qui s'éteignent par la mort du débiteur. Telles sont celles qui ont pour objet quelque fait personnel au débiteur; comme lorsque quelqu'un s'est obligé de servir un autre en qualité de berger, de chartier, ou en quelqu'autre qualité que ce soit.

Si le débiteur, faute de satisfaire à ces sortes d'obligations, a été condamné en des dommages & intérêts, cette obligation qui succede à son obligation principale & originaire, passe à ses héritiers.

Hors le cas des faits personnels, celui qui a promis de faire quelque chose & qui est mort sans l'avoir fait, quoiqu'il n'ait pas été mis en demeure de le faire, transmet son obligation à ses héritiers, qui sont obligés de faire ce que le défunt s'étoit obligé de faire.

Par le Droit Romain les obligations qui naissoient des délits, s'éteignoient pour la plupart par la mort du débiteur, lorsque la demande n'avoit pas été déduite en jugement contre lui de son vivant, & ne passoient point à ses héritiers, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'ils en auroient profité dans la succession du défunt.

Il n'y avoit que la seule action qu'on appelloit *condictio furtiva*, pour la répétition du vol, qui se donnoit contre l'héritier du voleur, quand même l'héritier n'en auroit pas profité; L. 9, ff. *de cond. furt.*

Les principes du Droit Canonique ſont différens. Il n'y a que la peine due au délit qui s'éteint par la mort de celui qui l'a commis : mais l'obligation de réparer le tort que quelqu'un a commis par ſon délit, paſſe à ſes héritiers; c'eſt la déciſion *du cap. fin. de ſepult. & du cap.* 5, *X, de rapt.* Nous avons ſur ce point préféré, comme plus équitables, les principes du Droit Canonique à ceux du Droit Romain; & dans la pratique du Barreau, quoique les héritiers de celui qui a commis quelque délit n'en aient pas profité, ils ſont tenus des dommages & intérêts de celui envers qui il a été commis, quand même il n'auroit pas intenté ſon action contre le défunt. C'eſt ce qui eſt atteſté par *J. Fab. ſur les Inſtit. tit. de act. §. pœnales, & par d'Argentré ſur l'art.* 189, *de la Coutume de Bretagne.*

CHAPITRE VIII.

Des Fins de non-recevoir, & Preſcriptions contre les Créances.

ARTICLE PREMIER.

Principes généraux ſur les fins de non-recevoir & preſcriptions.

676. LES fins de non-recevoir contre les créances, ſont certaines cauſes qui empêchent le créancier d'être écouté en juſtice à exiger ſa créance.

Une premiere eſpece de fin de non-recevoir, eſt l'autorité de la choſe jugée. Lorſqu'un débiteur a été renvoyé de la demande du créancier, il réſulte de ce jugement une fin de non-recevoir contre le créancier, qui le rend non-recevable à demander ſa créance, à moins qu'il ne le faſſe infirmer par les voies de l'oppoſition ou de l'appel, lorſqu'il n'a pas paſſé en force de choſe jugée, ou lorſqu'il a paſſé en force de choſe jugée, par la voie de la requête civile dans les cas auxquels il peut y avoir ouverture à cette voie. Sur le cas auxquels un jugement eſt cenſé paſſé en force de choſe jugée, & ſur les cas de requête civile contre les jugemens paſſés en force de choſe jugée, *Voyez l'Ord. de* 1667, *t.* 27, *art.* 5, *& t.* 35. C'eſt cette fin de non-recevoir qui s'appelle en Droit *exceptio rei judicatæ*, ſur laquelle Voyez le Digeſte *tit. de except. rei jud.*

Une ſeconde fin de non-recevoir, eſt celle qui réſulte du ſerment déciſoire du débiteur qui a juré ne rien devoir, lorſque ce ſerment lui a été déféré par le créancier. Il réſulte de ce ſerment une fin de non-recevoir qui s'appelle *exceptio jurisjurandi*, qui rend le créancier non-recevable à demander ſa créance, quelque preuve qui ſoit ſurvenue depuis. Nous traiterons de ce ſerment *infrà*, *Part.* 4, *ch.* 3, *ſect.* 3, *art.* 1.

641. Une troiſieme fin de non-recevoir, eſt celle qui réſulte du laps du temps auquel la Loi a borné la durée de l'action qui naît de la créance. On appelle cette eſpece de fin de non-recevoir proprement *preſcription*, quoique le terme

le terme de *preſcription* ſoit un terme général, qui peut auſſi convenir à toutes les autres fins de non-recevoir.

C'eſt de cette eſpece de fin de non-recevoir, dont nous traiterons dans la ſuite de ce chapitre.

Les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance ; mais elles la rendent inefficace, en rendant le créancier non-recevable à intenter l'action qui en naît.

Outre cela, quoique les fins de non-recevoir n'éteignent pas *in rei veritate* la créance, néanmoins elles la font préſumer éteinte & acquittée, tant que la fin de non-recevoir ſubſiſte.

C'eſt pourquoi lorſqu'il y a une fin de non-recevoir acquiſe au débiteur contre ma créance, non-ſeulement je ne puis intenter action contre lui, je ne puis même lui oppoſer cette créance en compenſation, contre les créances qu'il auroit de ſa part acquis contre moi, depuis la fin de non-recevoir acquiſe contre la mienne ; car la fin de non-recevoir qui ſubſiſte contre ma créance, opere une préſomption de l'extinction de ma créance.

Mais ſi mon débiteur d'une ſomme d'argent, avant que le temps de la preſcription contre ma créance fût accompli, & par conſéquent avant que la fin de non-recevoir fut acquiſe, étoit devenu mon créancier d'une pareille ſomme d'argent, & qu'enſuite après le temps accompli de la preſcription contre ma créance, il me demandât le paiement de la ſienne, quoique je ne fuſſe plus recevable à donner l'action contre lui pour la mienne, je ſerois recevable à la lui oppoſer en compenſation contre la ſienne. C'eſt le cas de cette maxime des Docteurs : *quæ temporalia ſunt ad agendum, perpetua ſunt ad excipiendum.* La raiſon eſt que la compenſation ſe faiſant de plein droit, *ſuprà, n.* 635, dès l'inſtant que vous êtes devenu mon créancier, votre créance & la mienne qui n'étoit pas encore preſcrite, ſe ſont mutuellement compenſées & éteintes.

Du principe que la fin de non-recevoir, tant qu'elle ſubſiſte, fait préſumer la créance éteinte, il ſuit auſſi qu'inutilement quelqu'un ſe rendroit-il caution pour une créance contre laquelle il y a une fin de non-recevoir qui ſubſiſte. Ajoutez que les mêmes exceptions *in rem*, qui peuvent être oppoſées contre l'obligation principale par le débiteur, peuvent l'être par la caution.

Les fins de non-recevoir doivent être oppoſées par le débiteur, le Juge ne les ſupplée pas.

Elles peuvent ſe couvrir par la renonciation que fait le débiteur aux fins de non-recevoir, ſoit expreſſément, ſoit tacitement.

Ces fins de non-recevoir étant ainſi couvertes, elles ne peuvent plus arrêter l'exécution ni la demande de la créance. Une fin de non-recevoir ne peut mieux ſe couvrir que par le paiement que le débiteur fait de la dette : comme la fin de non-recevoir n'avoit point éteint la dette, on ne peut pas douter que le paiement ne ſoit valable. Néanmoins ſi le débiteur qui a payé la dette étoit mineur, il pourroit ſe faire reſtituer contre le paiement, comme contre toutes les autres eſpeces de renonciations qu'il auroit pu faire aux fins de non recevoir qui lui ont été acquiſes.

ARTICLE II.

De la Preſcription trentenaire.

677. Régulièrement les actions qui naiſſent des créances, doivent être intentées dans le temps de trente ans. Lorſque le créancier a laiſſé écouler ce temps ſans intenter ſon action, le débiteur acquiert contre lui une preſcription qui rend le créancier non-recevable à la demander.

§. I.

Sur quelles raiſons eſt-elle fondée.

678. Cette preſcription eſt fondée, 1°. ſur une préſomption de paiement ou de remiſe de la dette, qui réſulte de ce laps de temps. Comme il n'eſt pas ordinaire qu'un créancier tarde pendant un temps auſſi conſidérable à ſe faire payer de ce qui lui eſt dû, & que les préſomptions ſe tirent *ex eo quod plerumque fit ; Cujas in parat. ad tit. de prob.*, les Loix en ont tiré une préſomption, que la dette avoit été acquittée ou remiſe.

D'ailleurs le ſoin que doit avoir un débiteur de conſerver les quittances qui ſont la preuve du paiement qu'il a fait, ne doit pas être éternel ; & on doit fixer un temps, au bout duquel il ne ſoit plus obligé de les repréſenter.

2°. Cette fin de non-recevoir eſt auſſi établie comme une peine de la négligence du créancier. La Loi lui ayant donné un temps pour intenter l'action qu'elle lui donne, pour ſe faire payer, il ne mérite plus d'être écouté, lorſqu'il a laiſſé paſſer ce temps.

§. II.

De quand & contre qui court-elle.

679. Il réſulte de ce qui vient d'être dit, que le temps de la preſcription ne peut commencer à courir, que du jour que le créancier a pu intenter ſa demande : car on ne peut pas dire, qu'il a tardé à l'intenter, tant qu'il ne pouvoit pas l'intenter ; de-là cette maxime générale ſur cette matiere : *Contra non valentem agere, nulla currit præſcriptio.*

De-là il ſuit que le temps de la preſcription ne peut courir, tant que l'action n'eſt pas encore ouverte, & que la créance eſt encore ſuſpendue par une condition dont on attend l'exiſtence.

Quoique le droit du créancier ſoit déja formé & l'action née, s'il y a un terme pour le paiement, le temps de la preſcription ne pourra commencer à courir que du jour de l'échéance de ce terme ; parce que le créancier ne pouvoit donner ſa demande efficacement plutôt.

Lorſqu'une dette eſt payable en pluſieurs termes, je ne vois aucun inconvénient à dire, que le temps de la preſcription commence à courir du jour de l'expiration du premier terme, pour la partie de la dette qui étoit payable à ce terme, & qu'il ne court pour les autres parties que du jour de l'expiration

de chacun des autres termes auxquels elles ſont payables. Par exemple, ſi vous me deviez une ſomme de trois mille livres, payable en trois termes, d'année en année, dont le premier paiement dût être fait au premier Janvier 1735, le temps de la preſcription commenceroit à courir pour le tiers de la dette depuis ledit jour, premier Janvier 1735, pour le deuxieme tiers du premier Janvier 1736, pour le troiſieme tiers du premier Janvier 1737, & la dette ſera preſcrite pour un tiers en 1765, pour un autre tiers en 1766, & pour le reſtant en 1767,

680. De notre principe que le temps de la preſcription ne peut courir tant que le créancier n'a pu intenter ſa demande, il ſuit encore que le temps de la preſcription ne peut courir, tant que le mariage dure, contre les créances qu'une femme, quoique ſéparée de biens, a contre ſon mari; car étant ſous ſa puiſſance, elle eſt pendant ce temps, empêchée d'agir contre lui.

Il en eſt de même des créances & actions qu'elle auroit contre des tiers, ſi ces tiers avoient un recours contre le mari pour en être acquittés; car en ce cas la femme eſt cenſée avoir été empêchée d'agir par ſon mari, qui avoit intérêt de l'empecher d'agir, à cauſe du recours que le débiteur avoit contre lui. Hors ce cas le temps de la preſcription court pendant le temps du mariage, contre les créances que la femme a contre des tiers.

Le temps de la preſcription ne peut courir contre l'héritier bénéficiaire pour les créances qu'il a contre la ſucceſſion bénéficiaire; car il ne peut pas agir contre lui-même.

681. La preſcription ne court pas contre les mineurs, quoiqu'ils aient un tuteur. Ce n'eſt pas par la regle, *contra non valentem agere non currit præſcriptio*, puiſqu'ils ont un tuteur qui peut intenter leurs actions pour eux: une faveur particuliere que mérite cet âge, a fait excepter les mineurs de la loi de la preſcription. Les Coutumes de Paris & d'Orléans en ont des diſpoſitions: elles excepient les mineurs de la loi de la preſcription, en diſant qu'elle court *entre âges*.

Lorſque le créancier laiſſe des héritiers, dont les uns ſont majeurs, & les autres mineurs, ſi la créance a pour objet quelque choſe de diviſible, *naturâ aut ſaltem intellectu*; comme ſi c'eſt la créance d'un certain héritage, le temps de la preſcription qui ne courra pas contre les mineurs pour leur part dans la créance, ne laiſſera pas de courir contre les majeurs pour la part deſdits majeurs.

Mais ſi la créance eſt indiviſible, comme ſi j'avois promis à quelqu'un de conſtituer au profit de ſa maiſon un droit de ſervitude, tant qu'il y aura un de ſes héritiers mineurs, le temps de la preſcription ne courra point du tout, même contre les majeurs; parce que la créance étant indiviſible, non ſuſceptible de parties, elle ne peut pas ſe preſcrire pour partie: c'eſt en ce cas que l'on dit que le mineur releve le majeur *in individuis*.

682. C'eſt une queſtion: ſi le temps de la preſcription court contre les inſenſés? Ces perſonnes ſont pourvues de curateurs, ou elles ne le ſont pas: lorſqu'elles ne le ſont pas, elles ſont dans le cas de la regle, *Contra non valentem, &c.* & il n'eſt pas douteux en ce cas que la preſcription ne peut courir contre elles. La queſtion tombe donc ſur les inſenſés qui ſont pourvus de curateurs. Ce qu'on peut dire en leur faveur pour les excepter de la loi de la preſcription, eſt que la loi en a excepté les mineurs quoique pourvus de tuteurs:

or, ces perſonnes ſont ordinairement comparées aux mineurs; elles ſont encore plus incapables qu'eux de veiller à la conſervation de leurs biens, leur état eſt digne de compaſſion & de la protection des loix. C'eſt pourquoi il ſemble que l'exception de la loi des preſcriptions, qui a été accordée aux mineurs, doit être étendue à ces perſonnes. Catelan, *T.* 11, *L.* VII, 13, rapporte un Arrêt de ſon Parlement qui l'a ainſi jugé.

Les raiſons qu'on peut apporter pour l'opinion contraire ſont, que les loix, en exceptant les mineurs de la loi de la preſcription, leur ont accordé en cela un privilege: or, il eſt de la nature des privileges accordés à un certain genre de perſonnes, de ne pas devoir s'étendre à d'autres, même ſous prétexte de parité de raiſon. On peut même dire qu'il n'y a pas entiere parité de raiſon: la loi a pu ſe porter plus facilement à excepter de la loi de la preſcription le temps de la minorité, parce que ce temps a des bornes certaines; au lieu que la démence d'une perſonne, durant ordinairement toute ſa vie, qui peut aller juſqu'à des 80 ou 100 ans, la preſcription ſi néceſſaire pour la tranquillité des citoyens, ſeroit ſouvent arrêtée pendant un temps trop conſidérable, ſi les inſenſés étoient exceptés de la loi de la preſcription. Ajoutez que les mineurs étant l'eſpérance de l'état, il y a une raiſon de leur ſubvenir, qui ne milite pas à l'égard des autres perſonnes. On peut appuyer cette opinion de l'autorité de la gloſſe ſur le ch. 13, *extrà de præſcr.* qui, en rapportant tous ceux contre qui la preſcription ne court pas, n'y comprend pas les inſenſés. Bretonnier ſur Henrys, *t.* 2, IV, 21, paroît incliner à ce ſentiment.

683. Lorſqu'une perſonne eſt abſente dans un pays très-éloigné, par exemple, aux grandes Indes, quoique la perſonne qu'il avoit chargé de ſa procuration dans ſa patrie, ſoit morte, & qu'il n'y ait plus perſonne qui veille à ſes affaires, le temps de la preſcription ne laiſſe pas de courir contre elle: elle n'eſt pas pour cela dans le cas de la regle *Contra non valentem, &c.* Car quelque éloignée qu'elle ſoit, il ne lui eſt pas impoſſible de s'informer des nouvelles de ſon pays, & d'envoyer une procuration à une autre perſonne à la place de celle qui eſt morte: *Voyez* Catelan à l'endroit cité.

Il peut néanmoins ſe rencontrer des circonſtances dans leſquelles un abſent a été dans une véritable impuiſſance; & lorſque cela eſt évidemment juſtifié, on peut lui ſubvenir en lui appliquant la regle *Contra non valentem, &c.*

684. Le temps de la preſcription court contre une ſucceſſion, quoique vacante, abandonnée & deſtituée de curateur: car les créanciers de cette ſucceſſion qui ſont ceux qui ont intérêt à la conſervation des droits de cette ſucceſſion, étoient à portée de faire nommer un curateur à cette ſucceſſion; c'eſt pourquoi ils ne peuvent ſe ſervir de la regle *Contra non valentem, &c.*

Henrys a penſé que la preſcription ne devoit pas courir contre les droits d'une ſucceſſion, pendant que l'héritier a uſé du délai que l'Ordonnance lui accorde pour délibérer. Cette opinion n'a pas eu de ſectateurs: l'héritier, pendant ce temps, avoit le pouvoir, ſans être tenu pour cela de prendre qualité, d'exercer tous les actes conſervatoires, & d'interrompre les preſcriptions; il n'eſt donc pas dans le cas de la regle *Contra non valentem, &c.*

685. La preſcription a lieu même contre les Fermiers du Roi, pour les créances dépendantes des droits qui leur ſont affermés. *Nec obſtat* qu'il n'y a

pas de preſcription contre le Roi : car cette maxime ne concerne que le fonds du domaine du Roi, qui eſt impreſcriptible ; mais les créances des Fermiers du Roi, qui concernent les droits qui leur ſont affermés, ne ſont pas le fonds du domaine du Roi, elles n'en ſont que les fruits, & les fruits ſont le bien des Fermiers.

Le Roi, à la vérité, n'eſt pas lui-même ſujet à aucune loi humaine, ni par conſéquent à celle de la preſcription : mais ſes Fermiers ſont ſujets à ſes loix, & par conſéquent à celle de la preſcription, comme à toutes les autres ; & ils doivent intenter leurs demandes dans le temps preſcrit par les loix.

686. La preſcription de 30 ans n'a pas lieu contre l'Egliſe, mais ſeulement celle de 40 ans, dont nous parlerons *infrà*.

Obſervez que c'eſt l'Egliſe plutôt que la perſonne du Bénéficier, qu'on a exempté de la preſcription de 30 ans. C'eſt pourquoi cette preſcription n'eſt rejettée que lorſqu'il s'agit du fond même de la créance : mais les arrérages des rentes dues à l'Egliſe, les fermes, les profits, ſoit féodaux ou cenſuels, & autres ſemblables créances, qui concernent plutôt l'utilité perſonnelle du Bénéficier, que l'Egliſe même, ſont ſujettes à la preſcription de 30 ans.

Lorſque l'Egliſe ſuccede à la créance d'un particulier, elle doit uſer du même droit que ce particulier, pour le temps que la créance a appartenu à ce particulier, ſelon cette regle : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

Le temps de la preſcription ne doit donc être augmenté qu'à proportion du temps qui reſtoit à écouler, lorſque l'Egliſe a ſuccédé à un particulier. C'eſt pourquoi de même qu'on ajoute dix ans au temps de la preſcription ordinaire de trente ans, qui eſt le tiers en ſus du temps de la preſcription, lorſqu'elle a commencé à courir contre l'Egliſe, de même lorſqu'elle a commencé à courir contre un particulier à qui l'Egliſe a ſuccédé, on doit ajouter au temps de la preſcription, le tiers en ſus du temps qui reſtoit à courir, lorſque l'Egliſe a ſuccédé à ce particulier. Par exemple, s'il s'étoit déja écoulé 15 ans contre le particulier, depuis que le temps de la preſcription a commencé à courir, il ne faudroit pas ajouter dix ans au quinze qui reſtoient à écouler, mais ſeulement cinq ans, tiers des quinze qui reſtoient, & la preſcription ſera accomplie au bout de 35 ans.

Vice versâ, lorſqu'un particulier a acquis une créance de l'Egliſe, le particulier doit jouir, pour le paſſé, du privilege de l'Egliſe quant à la preſcription de 40 ans ; & le temps de la preſcription ne doit être réduit à la preſcription de 30 ans, que pour l'avenir. Par exemple, s'il s'étoit écoulé vingt ans contre l'Egliſe, lorſque le particulier a acquis de l'Egliſe, le temps de vingt années n'étant que la moitié de celui qui eſt néceſſaire contre l'Egliſe, il faudroit pour l'accompliſſement de la preſcription, l'autre moitié du temps, non pas de celui qui eſt néceſſaire contre l'Egliſe, mais de celui qui eſt néceſſaire contre les particuliers, c'eſt-à-dire, qu'il faudroit encore 15 ans. Le temps de la preſcription contre les particuliers étant moindre d'un quart que celui de la preſcription contre l'Egliſe, lorſqu'un particulier ſuccede à l'Egliſe, on doit ſouſtraire le quart du temps qui ſeroit reſté à courir contre l'Egliſe, ſi la créance eût toujours continué de lui appartenir. C'eſt pourquoi dans l'eſpece propoſée, nous avons ſouſtrait cinq ans du temps de vingt qui reſtoit à courir contre l'Egliſe, lorſque le particulier a ſuccédé à l'Egliſe.

Les communautés ſéculieres ont le même privilege que l'Egliſe, & on ne preſcrit contre elles que par 40 ans ; *Tronçon ſur Paris* ; *Lemaître, &c.*

§. III.

De l'effet de la preſcription trentenaire.

687. L'effet de la preſcription eſt que, lorſqu'elle eſt accomplie, le débiteur contre qui le créancier formeroit une demande depuis l'accompliſſement de la preſcription, peut, en oppoſant au créancier cette preſcription, le faire déclarer non-recevable en ſa demande.

688. Le créancier pourroit-il au moins en ce cas déférer au débiteur le ſerment ſur le paiement ? Non. Car cette preſcription n'eſt pas ſeulement établie ſur la préſomption de paiement qui réſulte du long temps qui s'eſt écoulé ; elle eſt établie encore comme une peine de la négligence du créancier. La loi ayant limité le temps de la durée de l'action qu'elle donne, après l'expiration de ce temps, le créancier conſerve bien ſa créance ſi elle n'a pas été acquittée, mais il n'a plus d'action : il n'a plus *Jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur*, & par conſéquent il n'a plus le droit d'exiger de ſon débiteur le ſerment qui fait partie de ce droit d'action.

689. La preſcription, ſoit commencée, ſoit accomplie contre le créancier, a effet contre ſes héritiers & autres ſucceſſeurs, ſoit à titre univerſel, ſoit à titre ſingulier, de telle maniere qu'il ne leur reſte plus pour demander le paiement de la créance, que le temps qui reſtoit au créancier, lorſqu'ils lui ont ſuccédé ; & ſi elle a été accomplie contre le créancier, la même fin de non-recevoir qui avoit lieu contre lui, doit avoir lieu contre eux. Cela eſt évident ; car étant aux droits du créancier, tenant de lui tout le droit qu'ils pouvoient avoir, ils ne peuvent pas en avoir plus qu'il n'en avoit lui-même : *Nemo plus juris in alium poteſt transferre, &c.*

690. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un ſubſtitué. Le temps de la preſcription qui a couru avant l'ouverture de la ſubſtitution contre l'héritier, pour une créance de la ſucceſſion qui fait partie des biens compris en la ſubſtitution, peut-il après l'ouverture de la ſubſtitution être imputé à ce ſubſtitué ? La raiſon de douter eſt que ce ſubſtitué ne tient pas ſon droit aux biens ſubſtitués, de celui qui étoit grevé de ſubſtitution à ſon profit, & contre qui le temps de la preſcription a couru. Néanmoins il faut décider que la preſcription, ſoit commencée, ſoit accomplie contre le grevé, a pareillement effet contre lui : car quoique le ſubſtitué ne tienne pas ſon droit du grevé, mais du teſtateur qui a fait la ſubſtitution, néanmoins cette créance paſſe de la perſonne du grevé en celle du ſubſtitué, & elle n'y peut paſſer que telle qu'elle ſe trouve, & par conſéquent preſcrite en partie ou entiérement, ſi elle l'a été du vivant du grevé : le grévé ayant été le vrai créancier juſqu'à l'ouverture de la ſubſtitution, c'eſt contre lui qu'a dû courir & qu'a couru véritablement le temps de la preſcription ; le grevé n'auroit pas pu *faciendo*, en diſpoſant de cette créance, la tranſportant, l'hypothéquant, préjudicier au ſubſtitué, parce qu'il ne peut la tranſporter que telle qu'il l'a, & par conſéquent *cum causâ fideicommiſſi* avec

la charge de la ſubſtitution : mais il peut *non faciendo*, *non utendo*, laiſſer périr l'action qui dépendoit de cette créance. C'eſt la diſpoſition préciſe de la Loi 70, §. *fin.* ff. *ad Trebell. Si temporalis actio in hereditate relicta fuerit, tempus quo heres experiri antè reſtitutam hereditatem potuit, imputabitur ei cui reſtituta fuerit.* Il eſt vrai que cette loi ne parle que des actions annales; parce qu'au temps du Juriſconſulte de qui eſt cette loi, les actions ordinaires n'étoient ſujettes à la preſcription d'aucun laps de temps : mais depuis qu'elles ont été aſſujetties à la preſcription de trente ans, il y a même raiſon de le décider. C'eſt auſſi l'avis de *Ricard, Traité des Subſtitutions*, p. 2, ch. 13, n. 93, 94.

691. La preſcription n'a pas ſeulement effet dans le for extérieur ; elle peut quelquefois avoir effet dans le for de la conſcience : le débiteur qui ne peut ignorer qu'il n'a pas payé, ne peut, à la vérité, dans le for de la conſcience, avoir recours à la preſcription, & c'eſt pour cela qu'elle eſt appellée *improborum præſidium* ; mais comme la preſcription forme une préſomption, que la dette a été acquittée, les héritiers du débiteur peuvent même dans le for de la conſcience, préſumer que la dette a été acquittée, & ſe ſervir en conſéquence de la preſcription, lorſqu'ils n'ont pas une connoiſſance, ou un juſte ſujet de croire que la dette n'a pas été acquittée.

§. IV.

Comment s'interrompent les preſcriptions qui ne ſont pas encore accomplies.

692. Le temps de la preſcription s'interrompt, ou par la reconnoiſſance que le débiteur fait de la dette, ou par l'interpellation judiciaire qui lui eſt faite.

Par quelque acte que le débiteur reconnoiſſe la dette, cet acte interrompt le temps de la preſcription, ſoit que cet acte ſoit paſſé avec le créancier, ſoit qu'il ſoit paſſé ſans lui. Par exemple, ſi dans l'inventaire des biens du débiteur, la dette eſt compriſe parmi le paſſif, cet inventaire, quoiqu'il ne ſoit pas fait avec le créancier, eſt un acte recognitif de la dette, qui interrompt le temps de la preſcription.

693. Vis-à-vis du débiteur, il n'importe que l'acte recognitif de la dette ſoit devant Notaire, ou ſous ſignature privée : mais vis à-vis des tiers qui auroient intérêt que la créance fût preſcrite, l'acte recognitif de la créance, lorſqu'il eſt ſous ſignature privée, ne ſera d'aucune utilité au créancier, s'il n'a acquis une date antérieure à l'accompliſſement du temps de la preſcription, date qui ſoit conſtatée ou par le contrôle, ou par le décès de quelqu'un de ceux qui l'ont ſouſcrit : car ſans cela les actes ſous ſignatures privées n'ont de date vis à-vis des tiers, que du jour qu'ils ſont repréſentés ; ce qui a été introduit pour empêcher les fraudes auxquelles la facilité d'antidater pourroit donner lieu.

694. La reconnoiſſance verbale qu'auroit fait le débiteur de la dette, lorſqu'elle excede cent livres, ne peut guere être d'aucune utilité au créancier, parce que, ſuivant l'Ordonnance de 1667, on n'eſt pas admiſſible à

la preuve teſtimoniale de toutes choſes, dont l'objet excede 100 livres, & dont on a pu ſe procurer une preuve par écrit. Je penſe néanmoins qu'il ſeroit recevable à déférer au débiteur le ſerment, s'il n'a point effectivement reconnu la dette dans le temps, & de la maniere qu'on lui ſoutient qu'il l'a fait. *Nec obſtat* que le créancier, après le temps de la preſcription accompli, ne peut pas déférer le ſerment au débiteur ſur le paiement, comme nous l'avons décidé ci-deſſus. La différence eſt, qu'étant avoué par les parties que le temps de la preſcription eſt accompli, il demeure pour conſtant que le créancier n'a plus d'action, & que par conſéquent il n'a pas droit de déférer le ſerment. Mais dans cette eſpece il n'eſt pas avoué entre les parties que le temps de la preſcription eſt accompli, & que le créancier n'a plus d'action: le créancier ſoutient au contraire qu'il y a eu interruption. Il eſt vrai que c'eſt à lui à le prouver: *nàm incumbit onus probandi, ei qui dicit;* mais *inopiâ probationis*, il peut ſur ce fait déférer le ſerment. Si la dette n'excédoit pas cent livres, je penſe que le créancier pourroit être admis à la preuve teſtimoniale, que le débiteur a en tel temps reconnu la dette, & promis de payer.

695. Le paiement des arrérages que fait le débiteur d'une rente, eſt une reconnoiſſance de cette rente: mais comme les quittances ſont par devers le débiteur, cette reconnoiſſance n'eſt ordinairement d'aucune utilité au créancier, qui ne peut la juſtifier, à moins qu'il ne tire de ſon débiteur des contre-quittances, ou que les quittances ſoient paſſées par-devant Notaire, dont il reſte minute.

Le journal du créancier ſur lequel il auroit inſcrit les paiemens qui lui auroient été faits, ne peuvent ſervir de preuve pour lui deſdits paiemens, parce qu'on ne peut ſe faire ſoi-même une preuve pour ſoi-même; L. 5, *Cod. de probat.*

Si la rente étoit due à une communauté, comme à un Corps-de-Ville, ou à une Fabrique, je penſe que les comptes ſolemnellement rendus, dans leſquels le Receveur ſe ſeroit chargé deſdits paiemens, doivent faire foi deſdits paiemens, & par conſéquent de l'interruption de la preſcription. Car il n'eſt pas vraiſemblable qu'un Receveur, s'il n'eût pas effectivement reçu ces arrérages, eût été aſſez dupe pour s'en charger en recette, & pour s'obliger par-là à les payer à la place du débiteur. D'ailleurs, ſoit que le débiteur ait effectivement payé les arrérages de cette rente, ſoit que ſans qu'il les ait payés, le Receveur s'en ſoit chargé en recette comme s'il les avoit reçus, & en ait fait raiſon, en l'un & l'autre cas la Ville à qui la rente eſt due, a reçu leſdits arrérages, & a été ſervie de ſa rente: il ne peut donc pas avoir lieu à la preſcription qui n'a lieu que lorſque le créancier n'a pas été ſervi, ni fait des diligences pour l'être. C'eſt la Juriſprudence du Châtelet d'Orléans.

696. La ſeconde maniere dont s'interrompt le temps de la preſcription, eſt l'interpellation judiciaire faite au débiteur. Cette interpellarion judiciaire, lorſque le titre de créance eſt exécutoire, ſe fait par un commandement de payer fait au débiteur, ou, lorſque le titre n'eſt pas exécutoire, par un exploit d'aſſignation qui lui eſt donné.

Comme l'un & l'autre ſe fait par le miniſtere d'un Sergent, qui eſt un Officier de Juſtice, l'un & l'autre acte contient une interpellation *judiciaire.*

L'un

L'un & l'autre acte interrompt le temps de la preſcription, pourvu qu'il ſoit revêtu de toutes les formalités dont ces actes doivent être revêtus, à peine de nullité. S'il étoit nul par l'omiſſion de quelque formalité, il ne pourroit interrompre la preſcription, ſuivant la regle, *quod nullum eſt, nullum producit effectum.*

Un ajournement donné devant un Juge incompétent, dans la rigueur des principes, n'interrompt pas la preſcription : néanmoins lorſque la compétence a pu être douteuſe, la Cour en prononçant ſur l'incompétence du Juge devant qui l'aſſignation eſt donnée, renvoie quelquefois les parties devant le Juge qui doit connoître de l'affaire, avec cette clauſe, *pour y procéder en l'état qu'elles étoient lors de l'ajournement ;* Imbert, 1, 22, 7 & 8. Dumoulin, *in ſtyl. parlam. p. 7, art. 102*, cite un Arrêt du 17 Juillet 1515, qui renvoie avec cette clauſe devant le Juge d'Angers une aſſignation qui avoit été donnée par erreur devant celui de Saumur.

Il y a cette différence entre le commandement & l'exploit d'aſſignation, que celui-ci eſt ſujet à péremption par la diſcontinuation de la procédure ſur l'aſſignation pendant le temps de trois ans ; & lorſque la péremption a été déclarée acquiſe, cet exploit d'aſſignation eſt regardé comme non-avenu, & ne peut plus avoir l'effet d'avoir interrompu le temps de la preſcription. Au contraire le ſimple commandement ne formant point une inſtance, n'eſt point ſujet à la péremption des inſtances ; & quand même il ne ſeroit ſuivi d'aucunes procédures, il conſerve ſon effet d'interrompre le temps de la preſcription, & perpétue l'action du créancier pendant trente ans du jour de ſa date.

697. Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs ſolidaires, la reconnoiſſance de l'un des deux, ou l'interpellation judiciaire faite à l'un d'eux, interrompt la preſcription à l'égard de tous les autres : c'eſt ce que décide Juſtinien, en la Loi *fin. Cod. de duobus reis*, comme nous l'ayons déja vu *ſuprà*, *n.* 272.

Il n'en eſt pas de même de pluſieurs héritiers du même débiteur. La reconnoiſſance que l'un d'eux fait de la dette, & l'interpellation faite à l'un d'eux, n'interrompt le temps de la preſcription que pour la part dont il eſt perſonnellement débiteur, & n'empêche pas la preſcription de la part due par l'autre héritier, qui n'a ni reconnu la dette, ni été interpellé judiciairement ; car une dette pouvant s'éteindre pour partie, elle peut auſſi ſe preſcrire pour partie.

Cela a lieu, quand même la dette ſeroit une dette hypothécaire, dont chacun des héritiers ſeroit tenu hypothécairement pour le total. Car chacun de ces héritiers n'étant tenu perſonnellement de la dette que pour ſa part, quoiqu'il en ſoit tenu hypothécairement pour le total, le créancier, par l'interpellation qu'il a faite à l'un deſdits héritiers, n'a uſé de ſon droit d'action perſonnelle, que pour la part dont ledit héritier interpellé étoit tenu de la dette ; & il n'a uſé de ſon droit d'hypotheque que ſur la part des biens échus à cet héritier interpellé : mais il n'a pas uſé de ſon droit d'action perſonnelle, pour les parts dont les autres héritiers non interpellés, en étoient tenus, ni de ſon droit d'hypotheque ſur la part des biens échus auxdits héritiers non-interpellés. Par conſéquent la preſcription eſt acquiſe auxdits héritiers non-

interpellés, tant contre l'action perſonnelle que le créancier avoit contre eux pour les parts dont ils étoient tenus de la dette, que contre l'hypotheque qu'il avoit ſur la part des biens qui leur eſt échue.

Quelqu'un fera peut-être cette objection : pourquoi, dira-t-il, l'interpellation que je fais à l'un des détenteurs de biens hypothéqués à ma créance, n'interrompt-elle pas le temps de la preſcription contre les autres détenteurs de biens hypothéqués à la même créance, de même que l'interpellation judiciaire faite à l'un des débiteurs ſolidaires interrompt le temps de la preſcription de ma créance, contre les autres débiteurs ſolidaires ? La réponſe eſt que le droit de créance perſonnelle que j'ai contre pluſieurs débiteurs ſolidaires, eſt un ſeul & même droit perſonnel qui réſide dans ma perſonne : c'eſt pourquoi en interpellant l'un des débiteurs, j'uſe de mon droit pour le total, & j'interromps le temps de la preſcription, non-ſeulement contre le débiteur que j'ai interpellé, mais contre les autres : car le droit que j'ai contre eux n'étant pas un droit différent, mais étant préciſément le même que celui que j'ai contre celui que j'ai interpellé, en uſant pour le total du droit que j'ai contre lui, j'ai uſé de celui que j'ai contre eux. Au contraire les droits d'hypotheque que j'ai dans les différens biens hypothéqués à ma créance, ſont des droits *réels*, droits par conſéquent qui reſident dans les différentes choſes dans leſquelles j'ai leſdits droits d'hypotheque, & qui ſont par conſéquent auſſi diſtingués les uns des autres, comme les choſes dans leſquelles ces droits reſident, ſont diſtinguées les unes des autres. Par exemple, lorſque la maiſon A & la maiſon B me ſont hypothéquées pour une certaine créance, le droit d'hypotheque que j'ai dans la maiſon A, eſt un droit auſſi différent que celui que j'ai dans la maiſon B, comme la maiſon A eſt différente de la maiſon B. Lorſque par une action hypothécaire que je donne contre le poſſeſſeur de la maiſon A, j'uſe du droit d'hypotheque que j'ai dans cette maiſon, je n'uſe pas pour cela du droit d'hypotheque que j'ai dans la maiſon B, & par conſéquent cette action ne peut interrompre la preſcription de l'hypotheque que j'ai dans la maiſon B. Suivant ces principes, l'action hypothécaire que je donne contre l'un des héritiers de mon débiteur, n'interrompt la preſcription que des droits d'hypotheque que j'ai dans la part des biens que cet héritier a de la ſucceſſion de mon débiteur ; mais elle n'interrompt pas la preſcription des droits d'hypotheques que j'ai dans les parts des autres héritiers.

Lorſque la dette eſt d'une choſe indiviſible, tel qu'eſt un droit de ſervitude prédiale, chacun des héritiers étant en ce cas débiteur perſonnel du total, l'interruption de la preſcription à l'égard de l'un, doit interrompre à l'égard de l'autre ; *ſecùs*, lorſque la choſe due eſt ſuſceptible de parties au moins intellectuelles.

L'interpellation judiciaire faite à l'un des débiteurs ſolidaires, interrompt la preſcription, non-ſeulement contre les autres débiteurs ſolidaires, mais pareillement contre les héritiers des autres débiteurs ſolidaires ; il y a même raiſon.

Pareillement, l'interpellation judiciaire faite à tous les héritiers de l'un des débiteurs ſolidaires, l'interrompt contre tous les autres débiteurs ſolidaires.

Mais l'interpellation judiciaire faite à l'un des héritiers de l'un des débiteurs ſolidaires d'une dette viſible, n'interrompt la preſcription contre les autres débiteurs ſolidaires, que pour la part dont cet héritier interpellé étoit tenu de la dette. *Putà*, ſi j'avois deux débiteurs ſolidaires, dont l'un a laiſſé quatre héritiers, l'interpellation faite à l'un de ces héritiers n'interromproit la preſcription contre l'autre débiteur ſolidaire, que pour le quart de la dette, dont étoit tenu l'héritier qui a été interpellé: car en interpellant cet héritier, qui n'étoit tenu que pour un quart de la dette, je n'ai uſé de mon droit que pour le quart; par conſéquent la preſcription eſt acquiſe pour le ſurplus à l'autre codébiteur ſolidaire; & elle eſt acquiſe entiérement aux cohéritiers de celui qui a été interpellé, n'ayant pas uſé de mon droit & de mon action pour les portions dont chacun d'eux étoit tenu.

698. C'eſt une queſtion controverſée entre les Auteurs, ſi l'interpellation judiciaire faite au débiteur principal, ou la reconnoiſſance de la dette par lui faite, interrompt la preſcription contre ſes cautions; Bruneman, *ad L. fin. Cod. de duob. reis*, & les Docteurs par lui cités, & entre les modernes Catelan, tiennent l'affirmative. Ils prétendent que la même raiſon qui a porté Juſtinien à le décider à l'égard des codébiteurs ſolidaires, ſe trouve militer à l'égard des cautions. Cette raiſon eſt, que la créance qu'un créancier a contre pluſieurs débiteurs ſolidaires, étant une ſeule & même créance, lorſqu'il a interpellé judiciairement l'un d'eux, ceux qui n'ont pas été interpellés, ne peuvent pas dire au créancier qu'il n'a pas uſé de la créance qu'il a contre eux; puiſque celle qu'il a contre eux, eſt la même que celle dont il a uſé en interpellant l'un d'eux: or, diſent ces Auteurs, la même raiſon milite à l'égard des cautions; la créance que le créancier a contre eux, eſt celle qu'il a contre le débiteur principal, à l'obligation duquel les cautions n'ont fait qu'accéder; d'où il ſuit que le créancier, en uſant de la créance qu'il a contre le débiteur principal par l'interpellation judiciaire qu'il lui a faite, a uſé de la créance qu'il a contre les cautions, puiſque c'eſt la même. On ajoute que ſi Juſtinien n'a pas parlé des cautions, c'eſt qu'ils ſont, quant à ce point, compris ſous le mot de *Correi*; puiſqu'ils ſont *rei ejuſdem obligationis*: ils ſont codébiteurs du débiteur principal, non pas, à la vérité, *codébiteurs principaux*, mais codébiteurs acceſſoires de la même obligation. Duperrier & les Auteurs par lui cités, tiennent la négative. Ils diſent qu'il y a une grande différence entre des cautions & des codébiteurs ſolidaires. Lorſque j'ai vendu une choſe à pluſieurs acheteurs qui ſe ſont ſolidairement obligés envers moi au paiement du prix, la créance que j'ai contre chacun de ces codébiteurs ſolidaires, eſt une ſeule & même créance, qui a la même cauſe, & d'où il ne nait qu'une ſeule & même action, qui eſt l'action *ex vendito* que j'ai contre chacun d'eux; d'où il ſuit qu'en uſant de ma créance par l'interpellation judiciaire que je fais à l'un d'eux, j'uſe de la créance que j'ai contre tous les autres codébiteurs que je n'ai pas interpellés; parce que c'eſt la même créance que j'ai contre tous. Il n'en eſt pas de même, diſent ils, du débiteur principal & de ſes cautions; la créance que j'ai contre le débiteur principal, & celle que j'ai contre les cautions, ſont bien les créances d'une ſeule & même choſe; c'eſt pourquoi le paiement réel ou fictif de l'une, acquitte les autres; mais

quoique ces créances étoient les créances d'une ſeule & même choſe, elles ne laiſſent pas d'être des créances diſtinctes les unes des autres, qui naiſſent de contrats différens, & qui produiſent différentes actions. Par exemple, lorſque j'ai vendu une choſe à quelqu'un pour le prix d'une certaine ſomme pour laquelle il m'a donné caution, la créance que j'ai contre l'acheteur, & celle que j'ai contre la caution, ſont, à la vérité, des créances d'une ſeule & même choſe : mais elles ne laiſſent pas d'être des créances diſtinctes l'une de l'autre : celle que j'ai contre le débiteur principal, eſt une créance qui réſulte d'un contrat de vente, & d'où naît l'action *ex vendito ;* celle que j'ai contre la caution eſt une créance qui réſulte du cautionnement qu'elle m'a ſubi ; ce cautionnement eſt une convention différente du contrat de vente, d'où naît une action différente, qui eſt l'action *ex ſtipulatu* : ces créances étant des créances diſtinguées, lorſque le créancier a uſé de ſa créance contre l'acheteur débiteur principal par l'interpellation judiciaire qu'il lui a faite, on ne peut pas dire qu'il ait uſé de la créance qu'il avoit contre la caution ; & par conſéquent cette interpellation n'interrompt pas la preſcription de la dette de la caution. Ces Auteurs tirent argument de la Loi *fin. Cod. de duob. reis :* cette Loi, en décidant que la reconnoiſſance de l'un des débiteurs, ou l'interpellation qui lui eſt faite, interrompt contre tous les autres, en apporte cette raiſon ; *cùm ex unâ ſtirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti cauſa ex eâdem actione apparuit.* Or, diſent-ils, les cautions ne ſe trouvent pas dans les termes de la Loi ; car les cautions, quoique débiteurs de la même choſe que le débiteur principal, ſont débiteurs en vertu d'un autre contrat ; & l'action qu'a le créancier contre eux, eſt différente de celle qu'il a contre le débiteur principal.

On peut répliquer que le cautionnement eſt un contrat purement acceſſoire : les fidéjuſſeurs ne font autre choſe qu'accéder par ce contrat à la dette du débiteur principal ; ce contrat ne forme pas proprement une nouvelle créance, il ne fait que donner au créancier de nouveaux débiteurs qui accedent à la dette du débiteur principal ; la créance que le créancier a contre eux, eſt la même créance qu'il a contre le débiteur principal. Quant à ce qu'on oppoſe que par le Droit Romain, le créancier avoit contre les cautions une action *ex ſtipulatu*, qui eſt une action différente de celle qu'il avoit contre le débiteur principal, je réponds qu'il n'en faut pas conclure que la créance contre la caution, fût une créance différente de celle contre le débiteur principal : la ſtipulation d'où naiſſoit l'action *ex ſtipulatu*, n'étoit pas par elle-même un titre de créance ; c'en étoit plutôt la corroboration ; ce n'étoit qu'un acte corroboratif des différentes conventions auxquelles on la faiſoit intervenir : la ſtipulation par laquelle ſe contractoit le cautionnement, ne formoit donc pas une nouvelle créance, elle ne faiſoit que corroborer la créance que le créancier avoit déja, & y faiſoit accéder les cautions.

§. V.

Comment ſe couvrent les preſcriptions accomplies.

699. La preſcription quoique accomplie, ſe couvre, lorſque le débiteur, bien que depuis l'accompliſſement de la preſcription, a reconnu la dette : cette

reconnoiſſance l'exclut de pouvoir oppoſer au créancier la fin de non-recevoir qui réſultoit de l'accompliſſement du temps de la preſcription, & par conſéquent la couvre & l'anéantit.

Il y a une grande différence entre la reconnoiſſance qui ſe fait après le temps accompli de la preſcription, à l'effet de couvrir la preſcription, & celle qui ſe fait auparavant à l'effet ſeulement de l'interrompre. Celle-ci peut ſe faire non-ſeulement par le débiteur lui-même, mais encore par un tuteur, un curateur, un fondé de pouvoir général de ce débiteur : elle peut ſe faire par le débiteur lui-même, quoique mineur, ſans qu'il puiſſe être reſtitué contre.

Au contraire, la reconnoiſſance qui ſe feroit de la dette après le temps de la preſcription accompli à l'effet de couvrir la dette, ne peut ſe faire que par le débiteur lui-même ; & il faut qu'il ſoit majeur, ſans quoi il ſeroit reſtituable contre cette reconnoiſſance : elle ne peut ſe faire par un tuteur, par un curateur, par un procureur dont le pouvoir ne ſeroit pas ſpécial *ad hoc*, mais ſeulement général. La raiſon eſt, que cette reconnoiſſance qui ſe fait après le temps de la preſcription accompli, à l'effet de la couvrir, renferme une aliénation gratuite du droit de fin de non-recevoir, qui eſt acquis au débiteur par l'accompliſſement du temps de la preſcription : or, une aliénation gratuite d'un droit acquis, excede le pouvoir d'un tuteur, d'un curateur, d'un fondé de pouvoir général.

Il réſulte du même principe une ſeconde différence entre la reconnoiſſance paſſée après le temps de la preſcription accompli, & celle paſſée auparavant. Celle-ci interrompt le temps de la preſcription envers & contre tous ; au-lieu que la reconnoiſſance d'une dette paſſée après le temps de la preſcription accompli, ne couvre la preſcription que contre le débiteur qui a reconnu, & contre ſes héritiers ; mais elle ne la couvre pas contre les codébiteurs ſolidaires de celui qui a reconnu, ni contre ſes cautions, ni contre les tiers détenteurs qui auroient acquis, avant cette reconnoiſſance, des héritages hypothéqués à la dette, ni contre des créanciers intermédiaires. Car le droit qui réſulte de la preſcription contre la dette, ayant été une fois acquis par l'accompliſſement du temps, le débiteur qui a depuis reconnu la dette, a bien pu par cette reconnoiſſance renoncer à la preſcription pour lui & ſes héritiers, mais il n'a pu y renoncer au préjudice du droit acquis aux tiers.

700. Si la ſimple reconnoiſſance de la dette couvre & abolit la preſcription, à plus forte raiſon, doit-on le dire du paiement qui ſeroit fait de la dette, depuis le temps de la preſcription accompli.

Celui qui paie, quoique après le temps de la preſcription accompli, eſt donc cenſé payer ce qu'il doit, & il ne peut le répéter.

Il y a plus ; celui qui paie une partie de la dette, contre laquelle il avoit une preſcription acquiſe, eſt cenſé renoncer entiérement à cette preſcription, même pour le ſurplus qui reſte à payer ; *arg.* L. 7, §. *pen. & fin.*, ff. *de S. C. Maced.* ; à moins qu'il n'ait proteſté, en payant, qu'il n'a entendu reconnoître la dette que pour la ſomme qu'il payoit.

Suivant ces principes, il n'eſt pas douteux que le paiement que le débiteur d'une rente fait de quelques arrérages, depuis le temps de la preſcription accompli, couvre la preſcription.

701. La condamnation intervenue contre le débiteur, abolit auſſi la preſcription, lorſqu'elle a paſſé en force de choſe jugée, c'eſt-à-dire, lorſqu'il n'y a plus lieu à l'appel: le débiteur après cette condamnation paſſée en force de choſe jugée, n'eſt plus recevable à oppoſer la preſcription, quand même il auroit omis de l'oppoſer dans l'inſtance ſur laquelle eſt intervenue la condamnation; car cette condamnation forme au créancier un nouveau titre.

ARTICLE III.

De la preſcription de quarante ans.

702. Selon les diſpoſitions de pluſieurs Coutumes, du nombre deſquelles eſt notre Coutume d'Orléans, le débiteur hypothécaire, c'eſt-à-dire, celui qui s'eſt obligé par acte devant Notaire, & ſes héritiers, ne peuvent oppoſer la preſcription de trente ans, mais ſeulement celle de quarante.

Ces diſpoſitions ſont conformes aux principes du Droit Romain & à la Conſtitution de l'Empereur Juſtinien en la Loi *cùm notiſſimi*, *Cod. de præſcr. trig. vel quadr.* qui établit cette preſcription de quarante ans, & elles paroiſſent devoir être ſuivies dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées: c'eſt l'avis des Commentateurs de la Coutume de Paris, cités par Lemaître.

Pour bien entendre la raiſon de ce Droit, & ſçavoir pourquoi le débiteur hypothécaire ne preſcrit pas par trente ans, comme les autres débiteurs, il faut examiner la nature de la preſcription de trente ans.

Cette preſcription renferme deux eſpeces: la preſcription contre les créances perſonnelles, & la preſcription contre les droits de propriété, & les autres droits réels, ces deux eſpeces de preſcriptions ne doivent pas être confondues: elles n'ont de reſſemblance que par le temps; mais elles ſont très-différentes ſur la maniere dont elles s'acquierent.

La preſcription contre les créances perſonnelles, s'acquiert par le débiteur, ſans aucun fait de ſa part, & réſulte ſeulement de ce que le créancier, pendant le temps défini par la Loi, n'a point intenté l'action que lui donnoit ſa créance, & n'en a point été reconnu; elle n'éteint pas proprement la créance qui ne peut s'éteindre que par un paiement réel ou fictif; elle éteint ſeulement l'action qu'avoit le créancier pour ſe faire payer, laquelle action, avant cette Loi, n'avoit aucunes bornes dans ſa durée, & eſt par cette Loi, bornée à la durée de trente ans. Cette action s'éteint par cette Loi *non ipſo jure*, mais par une exception, ou fin de non-recevoir, que la Loi accorde au débiteur contre cette action.

La ſeconde eſpece de preſcription trentenaire eſt celle par laquelle celui qui a poſſédé pendant trente ans un héritage, comme à lui appartenant, & comme franc des droits dont il étoit chargé, quoiqu'il ne rapporte aucun titre de ſa poſſeſſion, acquiert la propriété de cet héritage, & l'affranchiſſement de tous les droits dont il étoit chargé.

Au-lieu que la premiere eſpece de preſcription s'acquiert par le ſeul non-uſage du créancier contre qui on preſcrit, ſans aucun fait de la part du débiteur qui preſcrit; au contraire celle-ci s'acquiert par le fait de la poſſeſſion du poſſeſſeur qui preſcrit.

Le débiteur qui avoit lui-même hypothéqué ſon héritage, ne pouvoit pas acquérir l'affranchiſſement du droit d'hypotheque, par cette eſpece de preſcription; parce qu'il ne pouvoit être cenſé avoir poſſédé cet héritage, comme franc d'un droit d'hypotheque, qu'il avoit lui-même conſtitué. L'héritier du débiteur ne le pouvoit pas non plus, ſuivant cette regle : *heres ſuccedit in virtutes & vitia poſſeſſionis defuncti ;* L. 11, *Cod. de acq. poſſeſ.;* la poſſeſſion de l'héritier étant cenſée la même que celle du défunt. C'eſt pourquoi quoique le débiteur ou ſes héritiers euſſent acquis par la premiere eſpece de preſcription trentenaire, une fin de non-recevoir contre l'action perſonnelle du créancier, ils demeuroient toujours ſujets à l'action hypothécaire de ce même créancier ; l'héritage demeurant toujours hypothéqué à la dette qui, quoique preſcrite & dénuée d'action, ſubſiſtoit toujours comme dette naturelle, & ſervoit d'un fondement ſuffiſant à l'hypotheque ; L. 5, ff. *de pign. & hypot.*

Quoique Anaſtaſe *par la Loi* 4, *Cod. de præſcr. trigint.* eût introduit la preſcription de quarante ans contre toutes les actions qui n'étoient pas ſujettes à celle de trente, néanmoins on ne croyoit pas qu'elle pût s'étendre à l'action hypothécaire du créancier, contre le débiteur, par les raiſons que nous avons déduites ci-deſſus.

Enfin Juſtin, comme nous l'avons dit, étendit la preſcription de quarante ans, à l'action hypothécaire du créancier contre le débiteur & l'héritier du débiteur ; c'eſt la diſpoſition de la Loi *cùm notiſſimi.*

703. Si le débiteur perſonnellement & hypothécairement obligé, avoit vendu l'héritage à un tiers, ce tiers qui, dans la preſcription de trente ans qu'il oppoſeroit, voudroit comprendre le temps de ſon auteur qui étoit perſonnellement obligé, devroit ajouter aux trente ans un tiers en ſus du nombre des années qu'auroit duré le temps de la preſcription de ſon auteur ; car ſon auteur ne pouvant preſcrire que par un temps plus long d'un tiers en ſus, que celui de trente ans, il ne peut pas, du chef de ſon auteur, preſcrire par un moindre temps, ſuivant la regle : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

704. La diſpoſition de la Loi *cùm notiſſimi*, n'a été adoptée qu'à l'égard des hypotheques qui réſultent des obligations contenues dans des actes pardevant Notaires. Les débiteurs condamnés par ſentence preſcrivent par le temps ordinaire de trente ans, quoique l'Ordonnance de Moulins ait donné hypotheque aux ſentences ; car la Loi accorde cette hypotheque plutôt à l'action perſonnelle *ex judicato*, qu'à la créance ſur laquelle la condamnation eſt intervenue. C'eſt pourquoi elle s'éteint par la preſcription de trente ans, qui éteint l'action perſonnelle *ex judicato.*

Il en eſt de même de toutes les hypotheques légales : elles s'eteignent lorſque l'action perſonnelle s'éteint.

705. Il en eſt de même de l'action perſonnelle réelle pour les arrérages de rente fonciere, les profits féodaux, le droit de réméré, & autres cauſes ſemblables ; cette action eſt ſujette à la preſcription ordinaire de trente ans. *Voyez* les Commentateurs de la Coutume de Paris.

ARTICLE IV.

Des prescriptions de six mois & d'un an contre les actions des Marchands, Artisans & autres Personnes.

§. I.

En quel cas y a-t-il lieu à la prescription de six mois.

706. Suivant l'Ordonnance de Louis XII, de l'année 1510, *art. 6 & 8* : » Tous Drapiers, Apoticaires, Boulangers & autres gens de métier, & Marchands vendans en détail, sont non-recevables après les six mois, depuis » la premiere fourniture, à en demander le prix, sinon qu'il y eût interpellation judiciaire, ou un arrêté de compte. »

Cette Ordonnance n'a pas été exactement observée.

La Coutume de Paris a fait une distinction : elle ne donne conformément à l'Ordonnance de Louis XII, que le temps de six mois aux Marchands & Artisans qui débitent de menues denrées, & font de menus ouvrages, pour demander le paiement de leurs créances ; après lequel temps, à compter du jour de la premiere délivrance, elle les déclare non-recevables.

Tel est l'Article 126 de cette Coutume : » Marchands, gens de métier & » autres vendeurs de marchandises & denrées en détail, comme Boulangers, » Pâtissiers, Couturiers, Selliers, Bouchers, Boureliers, Passementiers, Maréchaux, Rôtisseurs, Cuisiniers, & autres semblables, ne peuvent faire » action après les six mois passés, du jour de la premiere délivrance de ladite » marchandise ou denrée, sommation & interpellation judiciairement faite, » cédule, ou obligation. »

A l'égard des Marchands & Artisans qui débitent des marchandises plus considérables, & font des ouvrages plus considérables, tels que sont les Drapiers, Merciers, Epiciers, Orfevres & autres Marchands Grossiers, Maçons, Charpentiers, Couvreurs, elle leur accorde un an pour intenter la demande de ce qui leur est dû, *art.* 127.

Les Apothicaires ont aussi un an, *art.* 125.

707. L'Ordonnance de 1673, qui est aujourd'hui à cet égard la loi générale du Royaume, paroît avoir suivi la distinction de la Coutume de Paris. Elle porte au titre premier, article 7 : » Que les Marchands en gros & en » détail, les Maçons, Charpentiers, Couvreurs, Serruriers, Vitriers, Plombiers, Paveurs, & autres de pareille qualité, seront tenus de demander le » paiement dans l'année après la délivrance. »

Et en l'article 8, elle porte : » L'action sera intentée dans six mois, pour » marchandises & denrées vendues en détail par Boulangers, Pâtissiers, Bouchers, Rôtisseurs, Cuisiniers, Couturiers, Passementiers, Selliers, Boureliers, & autres semblables ; » sous ce terme *& autres semblables*, sont compris les Cordonniers, Savetiers, Chaircutiers, *&c.*

708. Notre Coutume d'Orléans n'a admis la prescription de six mois, que contre les demandes pour loyers de chevaux & autres bêtes, *art.* 266.

Elle

Elle donne expreſſément dans l'article 265, un an pour les demandes pour menues denrées ; & nonobſtant l'Ordonnance de 1673, on s'eſt toujours conſervé dans ce Bailliage dans l'uſage d'accorder un an ſans diſtinction à tous les Marchands & Artiſans, pour la demande de leurs fournitures & ouvrages.

§. II.

En quel cas y a-t-il lieu à la preſcription d'un an.

709. Il y a lieu à la preſcription d'un an, 1°. ſelon le Droit commun, contre les demandes des Marchands & Artiſans, compris en l'article 126 de la Coutume de Paris, & de ceux compris en l'article 7 du titre premier de l'Ordonnance de 1673.

Dans la Coutume d'Orléans, il y a lieu à cette preſcription contre les demandes de tous Marchands & Artiſans, ſans aucune diſtinction des groſſes & menues denrées, ni de gros & menus ouvrages.

2°. Contre les demandes pour les ſalaires des Médecins & Chirurgiens, ſuivant l'article 125 de la Coutume de Paris, qui s'obſerve dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. 3°. Contre les demandes des Maîtres d'Ecole, Précepteurs, Répétiteurs, Régens, & autres pour inſtruction d'enfans : notre Coutume d'Orléans, *art.* 265, en a une diſpoſition, & c'eſt un droit commun.

4°. Pour les penſions & nourritures ; Orléans 265. C'eſt auſſi un droit commun.

5°. Pour ſalaires des Serviteurs, Vignerons & autres ; Orléans 265. C'eſt auſſi un droit commun.

Ce terme de *Serviteurs*, comprend tant ceux qui ſervent autour de la perſonne du pere de famille, que ceux qui ſervent pour l'agriculture ; tels que ſont les Serviteurs de labour, Moiſſonneurs, Calvaniers, les Serviteurs de Vignerons, les Paſtres, *&c.* ; ceux qui travaillent aux Manufactures, tels que les Serviteurs des Raffineurs, les Ouvriers qui ſervent en qualité de Compagnons chez les Artiſans. Sous ce terme de *Serviteurs*, ne ſont compris les journaliers qui travaillent à la journée, leſquels n'ont que quarante jours pour donner leur demande, comme nous le verrons.

§. III.

En quel cas ces preſcriptions n'ont pas lieu.

710. Ces preſcriptions de ſix mois & d'un an n'ont pas lieu, 1°. lorſque la créance eſt établie par quelque acte par écrit, ſoit pardevant Notaire, ſoit ſous ſignature privée ; tels que ſont une obligation du débiteur par acte pardevant Notaire, ou une promeſſe ſous ſignature privée, ou enfin un arrêté de compte au bas d'un mémoire qui contient les fournitures, ou ſur le journal d'un Marchand, arrêté & ſigné par le débiteur : c'eſt le ſens de ces termes de l'article 9 du *tit.* 1 de l'Ordonnance de 1673 : » Voulons le contenu avoir » lieu, ſi ce n'eſt qu'avant l'année & les ſix mois, il y eût *un compte arrêté*,

» cédule , obligation ou contrat. » En ce cas la créance n'eſt ſujette qu'à la preſcription de trente ans.

711. En ſecond lieu , ces preſcriptions n'ont pas lieu , ſi elles ont été interrompues par une demande en Juſtice , intentée avant que le temps de la preſcription fût expiré , & qui ne ſoit point depuis tombée en péremption : cela eſt commun à toutes les preſcriptions.

712. En troiſieme lieu , ces preſcriptions d'un an & de ſix mois , ne ſont pas obſervées dans les Juriſdictions Conſulaires , lorſque les fournitures ou ouvrages d'un Marchand ou Artiſan , ont été faites pour un autre Marchand ou Artiſan pour raiſon de ſon commerce ou de ſon art , & que les parties ont enſemble des comptes courans ſur leurs journaux pour raiſon deſdites fournitures. Il y en a un Arrêt célebre , du 12 Juillet 1672 , au Journal du Palais. La Coutume de Troyes , *art.* 201 , en a une diſpoſition.

Par exemple , un Cordonnier à qui un Corroyeur fournit du cuir ; un Menuiſier à qui un Marchand de bois fournit du bois , ne peuvent oppoſer cette preſcription au Corroyeur ou au Marchand de bois qui repréſente un journal , par lequel il paroît qu'il eſt en compte courant avec le Cordonnier ou Menuiſier.

713. En quatrieme lieu , ces preſcriptions n'ont pas lieu contre les Bourgeois qui vendent des denrées provenues de leurs terres , comme leur bled , leur vin , leurs bois ; car l'Ordonnance auſſi-bien que les Coutumes n'y aſſujettiſſent que les Marchands & gens de métier.

On doit à cet égard réputer Bourgeois & non Marchand , une perſonne qui , quoique Marchand de profeſſion , vend des denrées provenues de ſes terres , & dont il ne fait point de commerce ; comme ſi un Epicier avoit vendu le vin de ſa récolte.

Quoiqu'un Bourgeois ne ſoit point ſujet à la preſcription annale , néanmoins s'il intentoit ſa demande après un temps très-conſidérable , quoique moindre de trente ans , contre un Marchand à qui il auroit vendu les denrées de ſon cru , & qui ſoutiendroit les avoir payées , quoiqu'il n'en eût pas la quittance , il pourroit être de la prudence du Juge , ſuivant les circonſtances , de renvoyer le défendeur de la demande.

§. IV.

De quand courent les preſcriptions , & contre qui.

714. La preſcription contre la demande des Marchands & Artiſans pour le prix des fournitures & ouvrages qu'ils ont faits , court depuis le jour de chaque fourniture , & la continuation de fourniture ne l'interrompt point ; cela étoit porté par l'Ordonnance de Louis XII , qui porte , *depuis la premiere fourniture ;* par la Coutume de Paris , qui porte , *depuis le jour de la premiere délivrance ;* & enfin l'Ordonnance de 1673 , *art.* 9 , porte expreſſément que la preſcription aura lieu *encore qu'il y eût continuation de fourniture ou d'ouvrage.*

La raiſon eſt que la créance de ce Marchand ou Artiſan qui a fait pluſieurs fournitures ou ouvrages , eſt compoſée d'autant de créances particu-

lieres qu'il a fait de fournitures ou ouvrages, leſquelles produiſent autant d'actions particulieres, qui commencent chacune à courir du jour que ce Marchand ou Artiſan a fait la fourniture ou l'ouvrage.

715. A l'égard des Médecins & Chirurgiens, je penſerois qu'on ne devroit pas regarder la créance d'un Médecin ou d'un Chirurgien qui ont eu ſoin d'un malade pendant une maladie, comme compoſée d'autant de créances ſéparées que le Chirurgien a fait de panſemens; mais comme une ſeule & même créance qui n'a été conſommée que lorſque les ſoins du Médecin ou du Chirurgien ont été achevés, ſoit par la guériſon ou par la mort du malade qui ont mis fin à la maladie, ou lorſque le Médecin ou le Chirurgien ont été congédiés. C'eſt pourquoi je penſe que la preſcription ne doit courir que du jour de la mort du malade, lorſque le malade eſt mort de la maladie, ou du jour de la derniere viſite, ou du dernier panſement, lorſque le malade a été guéri, ou que le Médecin ou Chirurgien a été congédié avant la fin de la maladie.

Mais ſi le Médecin ou Chirurgien a traité quelqu'un dans différentes maladies, ce ſont autant de créances & d'actions différentes qu'a ce Chirurgien ou Médecin, qu'il y a eu de maladies, leſquelles actions doivent ſe preſcrire ſéparément, du jour de la fin de chaque maladie.

716. Dans les Coutumes qui ne s'expliquent point ſur les Serviteurs, il y a lieu de penſer qu'on y doit ſuivre l'Ordonnance de Louis XII, qui porte qu'ils ſeront non-recevables à demander leurs ſervices après l'année, depuis qu'ils ſont hors de chez leurs maîtres, & que dans ladite année ils ne pourront demander que le ſervice des trois dernieres années. C'eſt l'avis d'Henrys & de Bretonnier.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans ayant aſſujetti l'action des Serviteurs pour leurs ſalaires à la preſcription d'un an, ſans diſtinguer s'ils ſont encore, ou non, au ſervice de leurs Maîtres, on peut ſoutenir que la preſcription de l'action qu'a le Serviteur pour chaque terme de ſon ſervice, doit courir du jour de l'expiration de chaque terme. Par exemple, ſelon ce ſentiment, ſi un Domeſtique s'eſt loué à l'année, il ne pourra demander que l'année échue au dernier terme, & le prix de ſes ſervices depuis le dernier terme; & s'il s'eſt loué au mois, il ne pourra demander que le ſervice des douze derniers mois, & ce qui a couru depuis le dernier mois.

On doit décider la même choſe à l'égard des penſions, au ſujet de l'inſtruction des enfans.

717. Dupleſſis & Lemaître ont cru que ces preſcriptions ne devroient pas courir contre les mineurs. Pour moi je penſe qu'elles courent, tant contre les mineurs que contre les majeurs: 1°. parce que les contrats d'où naiſſent l'action des Marchands & Artiſans, contre leſquels cette preſcription eſt établie, ſont des contrats qu'ils font en leur qualité de Marchands & Artiſans; or, c'eſt un principe qu'ils contractent comme majeurs lorſqu'ils contractent en cette qualité, & pour le fait de leur commerce & profeſſion; d'où vient qu'ils ne ſont pas reſtituables contre ces contrats. Ils doivent donc être ſujets à la preſcription de l'action qui naît de ces contrats, comme le ſont les majeurs. 2°. Cette preſcription n'eſt pas établie comme une peine de la négligence du créancier, qui pourroit être pardonnée à un mineur; mais ſur une

ſimple préſomption de paiement, réſultante de ce qu'on n'attend pas ordinairement ſi long-temps à ſe faire payer de ces ſortes de dettes: or, cette preſcription milite également à l'égard des mineurs comme des majeurs. 3°. Nos Coutumes n'exceptant point les mineurs de cette preſcription, comme elles ont ſoin de le faire à l'égard de la preſcription trentenaire, nous ne devons pas les excepter.

§. V.

Du fondement & de l'effet de ces preſcriptions.

718. Ces preſcriptions ſont uniquement fondées ſur la préſomption du paiement.

Delà il ſuit que le créancier n'eſt pas tellement non-recevable, qu'il ne puiſſe déférer à ſon débiteur le ſerment, ſi la ſomme par lui demandée eſt due, ou non: c'eſt ce qui eſt décidé formellement par l'Ordonnance de 1673, *tit. 1, art. 10.* La Coutume d'Orléans en a auſſi une diſpoſition, *art. 265.* En cela ces preſcriptions different des autres preſcriptions, qui étant établies par forme de peine contre le créancier, le privent entiérement de l'action.

719. Le débiteur à qui le ſerment eſt déféré, eſt tenu de jurer que la ſomme qui lui eſt demandée n'eſt pas due: faute par lui de jurer, le ſerment eſt référé au demandeur; & ſur ſon ſerment il doit obtenir Sentence de condamnation.

220. Lorſque la veuve ou les héritiers de celui à qui la fourniture a été faite ſont aſſignés, on ne peut pas les obliger à jurer ſi la choſe étoit effectivement due ou non par le débiteur défunt; parce qu'on ne peut pas déférer le ſerment à quelqu'un ſur ce qui n'eſt pas de ſon fait, *Arg.* L. 42, ff. *de regul. juris.* Paul en fait une maxime; *heredi ejus cum quo contractum eſt, jusjurandum deferri non poteſt;* Paul, ſent. 11, 1, 4.

Mais s'ils ne peuvent être obligés à jurer préciſément que la ſomme demandée n'eſt pas due, au moins l'Ordonnance veut qu'on puiſſe leur déférer s'ils n'ont pas connoiſſance que la ſomme ſoit due: c'eſt ce qui eſt porté préciſément par l'art. 10 ci-deſſus cité. Faute par eux de rendre ce ſerment, il doit être référé au demandeur: l'Ordonnance veut même que ce ſerment puiſſe être déféré aux tuteurs des mineurs héritiers du défunt.

721. Si la veuve commune refuſoit de rendre ce ſerment, ou même convenoit que la ſomme eſt due, les héritiers qui offriroient d'affirmer de leur part qu'ils n'ont aucune connoiſſance qu'elle le ſoit, devroient-ils être condamnés? Non, car la dette, par la mort du défunt, étant diviſée entre la veuve & les héritiers, le ſerment qui eſt déféré à la veuve, & qui ſur ſon refus de le donner eſt référé au demandeur, ne concerne que la part de la dette qui eſt due par la veuve: cette veuve, en refuſant de jurer, ou même en reconnoiſſant la dette, ne peut obliger qu'elle même, elle ne peut obliger les héritiers: elle peut, par ſon fait, faire ceſſer la preſcription pour la part qu'elle doit, mais elle ne peut la faire ceſſer pour celle qui eſt due par les héritiers.

Il en eſt de même ſi quelqu'un des héritiers reconnoiſſoit la dette: cette reconnoiſſance ne l'obligeroit que pour la part qu'il en doit, & elle n'oblige-

roit point les autres héritiers qui rendroient le ſerment qu'ils n'ont aucune connoiſſance de la dette.

722. Non-ſeulement le créancier a le droit de déférer le ſerment nonobſtant la preſcription; il peut encore, lorſque l'objet de la demande n'excede pas cent livres être reçu à la preuve par témoins, que le défendeur a offert de payer la ſomme depuis la demande, ou même avant la demande, depuis le temps qu'il a dit l'avoir payée. La raiſon eſt que quoique l'action qui naît du marché ſoit preſcrite, celle qui nait de la promeſſe qui a été faite de payer, lorſqu'elle eſt prouvée comme elle peut l'être, eſt une nouvelle action, laquelle n'eſt pas preſcrite.

ARTICLE V.

De pluſieurs autres eſpeces de preſcriptions.

723. La demande des journaliers pour le paiement de leurs journées, ſe preſcrit par le temps de quarante jours; *Coutume d'Orléans, art.* 264.

Cette preſcription, ainſi que les précédentes, eſt fondée ſur la ſeule préſomption de paiement: on préſume que ces gens qui ont beſoin de leur ſalaire pour vivre, n'attendent pas long-temps à s'en faire payer, ou du moins à le demander.

C'eſt pourquoi cette preſcription n'exclut pas le demandeur de déférer le ſerment au défendeur, comme dans le cas des preſcriptions dont il a été ci-devant parlé, ni d'être reçu à prouver que le défendeur a promis de payer, lorſque le prix des journées n'excede pas cent livres.

On demande ſi la preſcription pour toutes les ſommes ne court que du jour de la derniere journée? A la rigueur il ſemble qu'on devroit dire que la preſcription doit courir pour le prix de chaque journée, du jour que chaque journée eſt finie; car le journalier ayant pu dès ce temps demander cette journée, ſon action pour le prix de cette journée a été dès ce temps ouverte, & par conſéquent la preſcription en a dû courir: néanmoins on peut ſoutenir qu'elle ne doit courir que du jour de la derniere journée, ſur-tout ſi le journalier étoit pendant ce temps nourri par le locateur; parce qu'ordinairement les journaliers ne demandent leurs ſalaires, qu'après l'ouvrage fini.

724. La demande des Procureurs pour leurs ſalaires ſe preſcrit par deux ans, à compter du jour du décès de leurs parties, ou de leur révocation; *Arrêt de Réglement du* 28 *Mars* 1692.

L'article ſecond établit contre les Procureurs une autre preſcription: « il » porte qu'ils ne pourront dans les affaires non-jugées demander leurs frais, » ſalaires & vacations pour les procédures faites au-delà des ſix années précé- » dentes immédiatement, encore qu'ils aient toujours continué d'y occuper, à » moins qu'ils ne les aient fait arrêter ou reconnoître par leurs parties, & ce » avec calcul de la ſomme à laquelle ils montent, lorſqu'ils excedent deux » mille livres.

L'Arrêt n'a parlé que des ſalaires des affaires non-jugées. A l'égard de ceux des affaires terminées par un jugement définitif, la preſcription de deux ans doit courir du jour que le pouvoir du Procureur a été conſommé par le juge-

ment définitif; de même que dans les affaires non-jugées, elle court du jour qu'il a ceſſé par la révocation ou par le décès de la partie.

725. Il n'y a aucune loi qui limite le temps de l'action pour les ſalaires des Notaires & des Huiſſiers ; il ſeroit équitable d'étendre à ces Officiers la preſcription de ſix ans établie à l'égard des Procureurs ; mais n'y ayant point de loi, on doit avoir beaucoup d'égard aux circonſtances.

Il y a une autre eſpece de preſcription contre les Procureurs & les Huiſſiers, qui réſulte de la remiſe qu'ils ont faite de leurs exploits & procédures à leurs parties : il réſulte de cette remiſe une préſomption de paiement ; & on dit vulgairement au Barreau, *pieces rendues, pieces payées.*

Les Procureurs étant obligés par les Réglemens d'avoir un journal, ſur lequel ils doivent inſcrire les paiemens qui leur ſont faits par leurs parties, il réſulte du défaut de repréſentation de ce journal une fin de non-recevoir contre la demande qu'ils font de leurs ſalaires ; *Réglement de la Cour du 2 Août 1692.*

726. La demande d'une partie, pour la reſtitution des pieces dont un Avocat ou un Procureur s'eſt chargé, ſe preſcrit par cinq ans, du jour de la date du jugement définitif, ou de la tranſaction, & par dix ans lorſque les procès n'ont pas été terminés.

Cette preſcription eſt de la même nature, & eſt fondée ſur la préſomption de la reſtitution des pieces après ce laps de temps ; c'eſt pourquoi elle n'exclut pas le ſerment déciſoire.

Il en eſt de même de celle qui milite en faveur des Conſeillers de la Cour, leurs veuves & héritiers : ils ſont déchargés des pieces des procès par le laps de trois ans du jour de l'Arrêt, lorſque le procès a été jugé ; ou du jour du décès du Conſeiller, ou de la réſignation de ſon office, quoiqu'ils n'aient pas été jugés.

Nous n'avons pas de loi à l'égard des Juges inférieurs, mais on ne peut pas leur refuſer la preſcription de cinq ans, accordée aux Avocats & Procureurs.

727. Toutes ces preſcriptions ont pour unique fondement la préſomption de paiement, & elle n'empêche pas le demandeur de déférer le ſerment au défendeur, s'il eſt vrai qu'il ait payé, ou s'il eſt vrai qu'il retient les pieces qu'on lui demande.

Il y a d'autres eſpeces de preſcriptions contre différentes eſpeces d'actions, comme celle de dix ans contre toutes les actions reſciſoires ; celle de cinq ans, pour les arrérages des rentes conſtituées ; celle d'un an, contre la demande en retrait lignager ; celle contre les actions redhibitoires dont le temps eſt différemment réglé par les Coutumes & les différens uſages des lieux : nous remettons à parler de ces preſcriptions lorſque nous traiterons des matieres auxquelles elles appartiennent.

QUATRIEME PARTIE.

De la preuve tant des Obligations que de leurs paiemens.

28. CELUI qui ſe prétend créancier de quelqu'un, eſt obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit ſa créance, lorſqu'elle eſt conteſtée; au contraire, lorſque l'obligation eſt prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, eſt obligé de prouver le paiement.

Il y a deux eſpeces de preuves, la littérale & la teſtimoniale, dont nous traiterons ſéparément dans les deux premiers Chapitres : la confeſſion & certaines préſomptions tiennent auſſi bien lieu de preuves, ainſi que le ſerment. Nous en traiterons dans un troiſieme Chapitre.

CHAPITRE PREMIER.

De la Preuve littérale.

729. LA preuve littérale eſt celle qui réſulte des actes, ou écritures. Par exemple, la preuve littérale des obligations qui naiſſent des conventions comme d'un contrat de vente ou de louage, eſt celle qui réſulte des actes ou écritures qui renferment ces conventions. La preuve littérale de l'obligation que produit une condamnation, eſt l'acte qui contient le jugement de condamnation. La preuve littérale du paiement de quelque obligation que ce ſoit, eſt la quittance qu'en a donnée le créancier.

Ces actes ſont, ou authentiques, ou écritures privées. On appelle actes authentiques ceux qui ſont reçus par un Officier public, tel qu'eſt un Notaire ou un Greffier. Les écritures privées ſont celles qui ſe font ſans le miniſtere d'un Officier public.

Ces actes ſont auſſi ou originaux, ou copies : on diſtingue encore les titres primordiaux & les titres recognitifs. Nous traiterons ſommairement de ces différens actes.

ARTICLE PREMIER.

Des titres authentiques originaux.

§. I.

Quels Actes ſont authentiques.

730. Les actes authentiques ſont ceux qui ſont reçus par un Officier public, avec les ſolemnités requiſes.

Il faut que l'acte ſoit reçu dans le lieu où cet officier a caractere d'Officier public, & droit d'inſtrumenter. C'eſt pourquoi ſi un Notaire recevoit un acte hors du territoire de la Juriſdiction où il eſt établi Notaire, ce ne ſeroit point un acte authéntique.

Par un Privilege particulier des Châtelets de Paris, d'Orléans & de Montpellier, les Notaires de ces Châtelets ont le droit de recevoir des actes par-tout le Royaume; *Coutume d'Orléans, art.* 463.

731. Quoiqu'il y ait des Réglemens qui ont défendu aux Notaires ſubalternes de recevoir des actes entre d'autres perſonnes que les juſticiables de la Juriſdiction où ils ſont établis, & pour d'autres biens que ceux ſitués en leur territoire, néanmoins ces actes ne laiſſent pas de paſſer pour authentiques; ces réglemens ayant été regardés comme des Loix burſales, & n'ayant pas eu d'effet.

732. Si le Notaire ou Officier public étoit interdit de ſes fonctions lorſqu'il a reçu l'acte, l'acte ne ſeroit point authentique.

Il faut auſſi pour l'authenticité de l'acte, que les formalités requiſes aient été obſervées: par exemple, que le Notaire ſe ſoit fait accompagner d'un autre Notaire, ou de deux témoins; que ſon acte ſoit ſur du papier timbré; qu'il ſoit contrôlé.

733. Lorſque l'acte n'eſt pas authentique, ſoit par l'incompétence, ou l'interdiction de l'Officier, ſoit par le défaut de forme; s'il eſt ſigné des parties, il fait au moins la même foi contre la partie qui l'a ſigné, qu'un acte ſous ſignature privée; *Boiceau, p.* 2, *ch.* 4.

§. II.

Comment les Actes authentiques font-ils foi contre les Parties.

734. Un acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui eſt contenu dans cet acte.

Néanmoins lorſque cet acte eſt produit hors de la Juriſdiction de l'Officier public qui l'a reçu, il eſt d'uſage de faire conſtater la ſignature de cet Officier par un acte de légaliſation qui ſe met au bas.

Cette légaliſation eſt une atteſtation donnée par le Juge Royal du lieu, par laquelle ce Juge certifie que l'Officier qui a reçu & ſigné l'acte, eſt effectivement Officier public, Notaire, *&c.*

La ſignature de l'Officier public qui a reçu l'acte, donne une pleine foi à tout ce que l'acte renferme, & aux ſignatures des parties qui l'ont ſouſcrit, qu'il n'eſt point néceſſaire par conſéquent de faire reconnoître.

Néanmoins les actes authentiques peuvent être attaqués de faux: mais juſqu'à ce que l'accuſation de faux ait été jugée, & qu'ils aient été jugés tels, ils font foi par proviſion; & le Juge doit ordonner l'exécution proviſoire de ce qu'ils renferment. C'eſt ce qui eſt décidé par la loi 2, *Cod. ad l. Corn. de falſ.* Cette déciſion eſt très-ſage. Le crime ne ſe préſume pas; & il ſeroit très-dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant long-temps le paiement des dettes légitimes par des accuſations de faux. C'eſt en conſéquence de ce principe que Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 1, *gl.* 4, *n.* 41, décide qu'un

port

port de foi produit par le vaſſal, quoiqu'argué de faux par le Seigneur, doit procurer la main-levée par proviſion de la ſaiſie féodale.

§. III.

De quelles choſes les Actes authentiques ſont-ils foi contre les Parties.

735. Les actes authentiques font foi principalement contre les perſonnes qui étoient parties, leurs héritiers & ceux qui ſont en leurs droits; ils font pleine foi contre ces perſonnes de tout le diſpoſitif de l'acte, c'eſt-à-dire, de ce que les parties ont eu en vue, & qui a fait l'objet de l'acte.

736. Ils font pleine foi de ce qui ſeroit exprimé en termes énonciatifs, lorſque les énonciations ont un trait à la diſpoſition; *Molin. in Conſ. Par.* §. 8, *gl.* 1, *n.* 10. Par exemple, ſi quelqu'un par un acte, paſſe reconnoiſſance d'une rente en ces termes, *reconnoît qu'une telle maiſon par lui poſſédée eſt chargée envers Robert préſent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont été payés juſqu'à ce jour, & en conſéquence s'oblige de la lui continuer:* ces termes dont *les arrérages ont été payés*, quoiqu'ils ne ſoient qu'énonciatifs, & qu'il ne ſoit pas exprimé que Robert reconnoît les avoir reçus, font néanmoins foi du paiement contre Robert partie à l'acte; parce qu'ils ont un trait au diſpoſitif de l'acte, & qu'il devoit être queſtion dans l'acte de ce qui étoit effectivement dû des arrérages de cette rente.

737. A l'égard des énonciations qui ſe trouvent dans l'acte, leſquelles ſont abſolument étrangeres au diſpoſitif de l'acte, elles peuvent bien faire quelque demi-preuve; mais elles ne font point une preuve entiere, même contre les perſonnes qui ont été parties à l'acte; *Molin. ibid.*

Par exemple, ſi dans le contrat de vente d'un héritage que Pierre m'a faite, il eſt énoncé que cet héritage lui vient de la ſucceſſion de Jacques; un tiers, qui comme héritier en partie de Jacques, aura donné contre moi la demande en revendication de ſa portion en cet héritage, ne pourra pas, pour fonder ſa demande, prouver par cette ſeule énonciation qui ſe trouve en mon contrat, que cet héritage étoit effectivement de la ſucceſſion de Jacques, quoique je ſois partie en l'acte où ſe trouve cette énonciation; parce qu'elle eſt abſolument étrangere à la diſpoſition de l'acte, & que je n'avois pour-lors aucun intérêt de m'oppoſer à cette énonciation.

§. IV.

De quelles choſes les Actes ſont-ils foi contre les Tiers.

738. L'acte prouve contre un tiers *rem ipſam*, c'eſt-à-dire, que la convention qu'il renferme eſt intervenue; *Molin. ibid. n.* 8.

Par exemple, l'acte qui renferme le contrat de vente d'un héritage, prouve même contre un tiers qu'il y a eu effectivement une vente de cet héritage, contractée dans le temps porté par l'acte.

C'eſt pourquoi, ſi un Seigneur de cenſive a eu un traité avec un Receveur, qui s'eſt obligé de le faire payer de tous les profits ſeigneuriaux qui naîtroient

pendant un certain temps dans ſa cenſive, l'acte contenant le contrat de vente d'un héritage ſitué dans la cenſive, fait foi contre ce Receveur, quoiqu'il n'ait pas été partie à l'acte, qu'il y a eu une vente de cet héritage, *probat rem ipſam;* & en conſéquence le Seigneur peut demander raiſon à ce Receveur, du profit auquel cette vente a donné ouverture, dont le Receveur a dû ſe faire payer.

Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte de ce qui y eſt énoncé ; *Molin. ibid. n.* 10.

Par exemple, s'il eſt énoncé dans le contrat de vente, que la maiſon du vendeur a un droit de vue ſur la maiſon voiſine, cette énonciation ne fera aucune preuve contre le propriétaire de la maiſon voiſine, qui eſt un tiers qui n'étoit point partie à l'acte.

739. Cette regle ſouffre exception ; car *in antiquis enunciativa probant*, même contre les tiers, lorſque ces énonciations ſont ſoutenues de la longue poſſeſſion ; *Cravett. de antiq. temp. p.* 1, *cap.* 4, *n.* 20.

Par exemple, quoique le long uſage n'attribue pas droit de ſervitude, néanmoins ſi ma maiſon a depuis très-long-temps une vue ſur la maiſon voiſine, & que dans les anciens contrats d'acquiſition qu'en ont fait mes auteurs, il ſoit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats ſoutenus de ma poſſeſſion, feront foi du droit de vue, contre le propriétaire de la maiſon voiſine ; quoiqu'il ſoit un tiers, & que ſes auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats.

Pareillement, dans nos Coutumes qui n'admettent aucun franc-aleu ſans titre, ſi dans les anciens contrats d'acquiſition que mes auteurs ont faite d'un héritage, il eſt déclaré en *franc-aleu*, cette énonciation fera foi contre le Seigneur dans l'enclave duquel il ſe trouve, ſi ce Seigneur n'en a point été reconnu.

740. De ce que les actes authentiques prouvent *rem ipſam* contre les tiers, en doit-on conclure que l'inventaire des titres d'une ſucceſſion fait pardevant Notaire, dans lequel il eſt dit qu'il s'eſt trouvé un brevet d'obligation d'une certaine ſomme ſubie par un tel, pour cauſe de prêt, en tel temps & devant tel Notaire, fait foi de la dette contre le débiteur qui eſt un tiers, & qui n'étoit pas préſent à l'inventaire, ſans qu'il ſoit beſoin de rapporter le brevet d'obligation ? Non ; car de ce que l'inventaire prouve *rem ipſam*, il s'enſuit ſeulement qu'il s'eſt trouvé un brevet d'obligation ; mais il ne s'enſuit pas que la dette ſoit due, parce que le défaut de repréſentation du brevet d'obligation fait préſumer ou qu'il y a quelque vice ou défaut dans ce brevet, qu'on ne repréſente pas, qui empêche qu'il puiſſe faire foi de la dette ; ou que depuis l'inventaire il a été rendu au débiteur, lors du paiement qu'il a fait du contenu en l'obligation.

Néanmoins, s'il étoit conſtant que depuis l'invention il eſt arrivé un incendie de la maiſon où étoient les titres, qui les auroit conſumés, la mention du brevet d'obligation portée par l'inventaire, pourroit faire foi de la dette, comme paroît le ſuppoſer la Loi 57, ff. *de adm. tut.* : ce qui pourroit avoir lieu dans le cas auquel le débiteur n'allégueroit pas l'avoir payée, ou peut-être dans le cas auquel le terme de paiement porté dans l'énoncé de l'obligation n'étant pas encore échu, la préſomption ſeroit que la dette n'a pas été acquittée.

Tout cela dépend beaucoup des circonſtances, & eſt laiſſé à la prudence du Juge.

ARTICLE II.

Des Ecritures privées.

741. Il y a différentes eſpeces d'écritures privées : les actes ſous ſignatures privées ordinaires, ceux tirés d'archives publiques, les papiers-cenſives & terriers, les journaux des Marchands, les papiers-domeſtiques, les écritures non-ſignées : les tailles ont auſſi quelque rapport avec les écritures privées.

§. I.

Des Actes ſous ſignatures privées ordinaires.

742. Les actes ſous ſignatures privées ordinaires font la même foi contre ceux qui les ont ſouſcrits, leurs héritiers, ou ſucceſſeurs, que les actes authentiques : mais il y a cette différence entre ces actes & les actes authentiques, que ceux-ci ne ſont ſujets à aucune reconnoiſſance ; au-lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte ſous ſignature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a ſouſcrit, ſes héritiers ou ſucceſſeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la reconnoiſſance de l'acte, & fait ſtatuer ſur cette reconnoiſſance ; *Voyez l'Edit de Decembre* 1684.

Il y a à cet égard une différence entre la perſonne qui a elle-même ſouſcrit l'acte, & ſes héritiers ou ſucceſſeurs. Ceux-ci aſſignés pour reconnoître la ſignature du défunt, dont ils ſont les héritiers, pouvant ne la pas connoître, ne ſont point obligés de la reconnoître, ou de la dénier préciſément ; & ſur la déclaration qu'ils font qu'ils ne la connoiſſent pas, le Juge ordonne la vérification ; au-lieu que la perſonne qui a elle-même ſouſcrit l'acte, ne pouvant ignorer ſa propre ſignature, doit la reconnoître ou la dénier préciſément ; & faute par elle de la dénier, le Juge prononce la reconnoiſſance de l'acte comme ſouſcrit d'elle.

743. Dans les Juriſdictions conſulaires, lorſque le défendeur diſconvient de la vérité de la ſignature, les Juges-Conſuls doivent renvoyer devant le Juge ordinaire, pour y être procédé à la reconnoiſſance ; & en attendant, la piece ſous ſignature privée ne fait aucune foi. Mais il y a cela de particulier dans ces Juriſdictions, que tant que le défendeur n'a pas encore conteſté la vérité de la ſignature, la piece de la ſignature privée fait foi, & le demandeur peut, ſans être tenu d'en faire prononcer au préalable la reconnoiſſance, obtenir en vertu de cette piece un jugement de condamnation ; *Déclaration du 15 Mai* 1703.

744. Il y a auſſi quelque choſe de particulier touchant les cédules & promeſſes par leſquelles une perſonne s'oblige de payer une ſomme pour prêt d'argent, ou autre choſe ; ſçavoir, que lorſque la promeſſe eſt écrite d'une autre main que de celle de la perſonne qui l'a ſouſcrite, il faut pour qu'elle faſſe foi contre la perſonne qui l'a ſouſcrite, que cette perſonne ait, outre ſa ſigna-

ture, écrit de ſa main la ſomme qu'elle s'oblige de payer, ce qui ſe fait ordinairement en ces termes, *bon pour telle ſomme.* C'eſt ce qui a été ordonné par la Déclaration du Roi du 22 Septembre 1733, pour éviter les ſurpriſes qui ſe font à des perſonnes qui ſignent des actes qu'on leur préſente, ſans en avoir lu le contenu.

Mais comme le commerce ſeroit gêné, ſi toutes ſortes de perſonnes étoient obligées à cette formalité d'écrire de leur main la ſomme qu'ils s'obligent de payer, y ayant une grande quantité de perſonnes qui ne ſçavent que ſigner leur nom, la Loi excepte de ſa diſpoſition, les Marchands, Artiſans, Laboureurs & gens de campagne, contre leſquels les promeſſes par eux ſouſcrites font foi, quoiqu'elles ne contiennent que leur ſignature.

745. Lorſque la ſomme écrite de la main du débiteur hors du corps de la cédule ou promeſſe, eſt moindre que la ſomme exprimée dans le corps de la cédule écrit d'une main étrangere : par exemple, ſi par la promeſſe il eſt dit, *je reconnois devoir à un tel la ſomme de* 300 *livres*, & qu'au bas, & hors du corps de la promeſſe, il ſoit écrit de la main du débiteur, *bon pour* 200 *liv.* il n'eſt pas douteux que la promeſſe ne doit faire foi que pour deux cents livres.

Si le corps de la promeſſe étoit écrit en entier de la main du débiteur, auſſi bien que le *bon ;* dans le doute ſi c'eſt la ſomme exprimée dans le corps de l'acte, ou celle exprimée dans le *bon*, qui eſt la ſomme véritablement due, on doit *cæteris paribus* décider en faveur de la libération, ſuivant cette regle : *ſemper in obſcuris quod minimum eſt ſequimur ;* L. 9, ff. *de R. J.* C'eſt pourquoi dans l'eſpece propoſée, la promeſſe ne vaudra que pour la ſomme de deux cents livres ; mais ſi la cauſe de la dette exprimée dans le corps de la promeſſe, fait connoître que la ſomme exprimée par le corps de la promeſſe, eſt celle qui eſt véritablement due, il faudra décider autrement. Par exemple, ſi la promeſſe écrite de la main du débiteur porte, *je reconnois devoir à un tel la ſomme de* 300 *livres pour quinze aunes de drap de Pagnon qu'il m'a vendu & livré*, & qu'il ſoit conſtant que cette eſpece de drap étoit du prix d'environ 20 liv. l'aune, la promeſſe vaudra pour 300 livres, quoiqu'il ſoit écrit *bon pour* 200 *livres.*

746. Il faut ſuivre les mêmes regles de déciſion dans le cas inverſe. Lorſque la ſomme exprimée par le corps de la promeſſe eſt moindre que celle exprimée dans le *bon ;* comme lorſqu'il eſt dit, je reconnois devoir à un tel 200 livres, & au bas *bon pour* 300 *livres*, *cæteris paribus*, la préſomption eſt pour la ſomme de 200 livres, à moins que l'expreſſion de la cauſe de la dette ne faſſe connoître que c'eſt celle de 300 livres qui eſt effectivement due.

747. Lorſque quelqu'un ſe trouve & ſe reconnoît débiteur & dépoſitaire d'une certaine ſomme, ſuivant le bordereau des eſpeces joint à l'acte, c'eſt la ſomme que compoſent les eſpeces exprimées au bordereau, qui eſt la ſomme due, quoique celle exprimée par l'acte ſoit différente ; c'eſt en ce cas une erreur de calcul.

748. Les actes ſous ſignature privée ne font pas foi contre celui qui les a ſouſcrits, lorſqu'ils ſe trouvent en ſa poſſeſſion.

Par exemple, ſi on trouve ſous le ſcellé de mes effets, un billet ſigné de moi, par lequel je reconnois vous devoir une ſomme de mille livres, que vous

m'avez prêtée ; ce billet ne fera pas une preuve de la dette ; car ce billet étant en ma poſſeſſion, la préſomption eſt, ou que j'avois écrit ce billet dans l'eſpérance que vous me prêteriez cette ſomme, & que le prêt n'ayant pas été fait, le billet m'eſt demeuré ; ou que vous me l'avez effectivement prêtée, mais que l'ayant rendue, j'ai retiré mon billet.

Il en eſt de même des actes de libération, quoique plus favorables. Par exemple, ſi on a trouvé ſous les ſcellés des effets de mon créancier, une quittance ſignée de lui d'une ſomme que je lui dois, elle ne fera pas foi du paiement ; car la quittance étant en ſa poſſeſſion, on en conclura qu'il l'avoit écrite d'avance dans l'eſpérance que je viendrois le payer, & que n'étant point venu, la quittance lui eſt demeurée.

749. Les actes ſous ſignature privée, de même que les authentiques, ne font pas foi contre les tiers, ſinon que la choſe contenue dans l'acte s'eſt effectivement paſſée, *probant rem ipſam ;* mais ils ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci ayant une date conſtante, par le témoignage de l'Officier public qui a reçu l'acte, font foi contre le tiers que la choſe contenue dans l'acte, s'eſt paſſée dans le temps porté par l'acte ; au-lieu que les actes ſous ſignature privée, étant ſujets à être antidatés, ne font ordinairement foi contre les tiers, que la choſe qu'ils renferment s'eſt paſſée, ſinon du jour qu'ils ſont rapportés & produits au tiers.

C'eſt pourquoi ſi j'ai fait ſaiſir réellement l'héritage de mon débiteur, & que le laboureur qui eſt dans cet héritage s'oppoſe à la ſaiſie, & prétende que l'héritage lui appartient ; ſi pour le prouver il produit un acte ſous ſignature privée, par lequel il eſt dit que mon débiteur lui a vendu cet héritage, & que cet acte ait une date antérieure, non-ſeulement à ma ſaiſie réelle, mais même à ma créance, il n'obtiendra pas pour cela la main-levée qu'il demande ; car cet acte étant ſous ſignature privée, ne prouve point contre moi qui ſuis un tiers, que la vente qu'il renferme s'eſt faite le jour porté par l'acte ; cet acte n'a de date que du jour qu'il eſt produit contre moi, & qu'il m'eſt préſenté : & comme il ne m'eſt préſenté qu'après la ſaiſie réelle, il ne prouve pas que l'héritage lui ait été vendu, ſinon depuis la ſaiſie réelle, temps auquel il n'étoit plus au pouvoir de mon débiteur de le vendre, au préjudice de ma ſaiſie.

Si néanmoins l'acte ſous ſignature privée avoit une date conſtatée, *putà* par le décès de quelqu'une des parties qui l'auroient ſouſcrit, il feroit foi même contre un tiers, que la choſe contenue dans l'acte, s'étoit déja paſſée au moins au temps de la mort de la partie qui l'a ſouſcrit.

§. II.

Des Ecritures privées tirées des Archives publiques.

750. On appelle *archives publiques*, un dépôt de titres établi par autorité de Juſtice : *Archivum*, dit Dumoulin, *eſt quod publicè autoritate poteſtatem habentis erigitur.*

Ces dépôts n'étant établis que pour conſerver de vrais titres, ils aſſurent la vérité de ceux qui en ſont tirés : c'eſt pourquoi les actes ſous ſignature privée,

tirés des archives publiques, avec l'atteſtation du Tréſorier des archives qu'ils en ont été tirés, font foi, quoiqu'ils n'aient point été reconnus ; Molin. *in Conſ. Par.* §. 8, *gl.* 1, *n.* 26.

§. III.

Des Papiers Terriers & Cenſiers.

751. On ne peut pas ſe faire de titres à ſoi-même : c'eſt pourquoi des actes qui ne ſont point paſſés par une perſonne publique, tels que ſont des papiers cueilleręts ; c'eſt-à-dire, des regiſtres qu'un Seigneur de cenſive tient lui-même des cens & redevances qui lui ſont payés annuellement, ne peuvent pas faire foi de la preſtation de ces redevances, ni fonder par conſéquent ſuffiſamment la demande que donneroit le Seigneur en reconnoiſſance d'icelles.

Néanmoins lorſque ces cueillerets ſont anciens & uniformes, ils forment une ſemi-preuve, laquelle jointe à d'autres, telle que ſeroit celle qui réſulte des réconnoiſſances des propriétaires des terres circonvoiſines, pourroit établir ſuffiſamment la demande du Seigneur.

752. Ces papiers cueillerets & autres papiers cenſiers qui ne ſont pas authentiques, ne ſont pas preuve pour le Seigneur contre d'autres, mais ils ſont preuve pour d'autres contre lui. C'eſt pourquoi ſi le Seigneur a uſurpé ſur moi la poſſeſſion d'un héritage, je pourrois fonder ma demande en revendication contre lui par ſes papiers terriers & cenſiers, par leſquels il paroîtroit qu'il auroit reçu le cens pour cet héritage de moi & de mon pere, à qui il ſeroit dit qu'il l'auroit accenſé.

Mais lorſque le cenſitaire s'eſt ſervi contre le Seigneur, des papiers cenſiers du Seigneur, le Seigneur peut à ſon tour s'en ſervir contre lui ; & en ce cas les papiers cenſiers du Seigneur font pleine preuve en ſa faveur ; *Molin. ibid. n.* 20. Par exemple, ſi dans l'eſpece propoſée ci-deſſus, le cenſitaire s'eſt ſervi des papiers cenſiers du Seigneur, pour prouver qu'un héritage, dont le Seigneur avoit uſurpé ſur lui la poſſeſſion, lui appartenoit, comme lui ayant été donné à cens par ce Seigneur ; le Seigneur, de ſon côté, pourra à ſon tour ſe ſervir des mêmes papiers cenſiers, pour prouver que cet héritage eſt chargé de toutes les redevances dont leſdits papiers font mention ; & leſdits papiers feront en ce cas à cet égard une pleine preuve en faveur du Seigneur.

Néanmoins ils ne pourroient même en ce cas faire preuve en faveur du Seigneur, que des faits qui ont rapport à ceux pour leſquels je me ſuis ſervi de ces papiers contre lui. Par exemple, le Seigneur ne pourroit pas prouver par ces papiers qu'une autre terre que je poſſede, releve auſſi de lui ; Molin. *ibid.*

§. IV.

Des Livres des Marchands.

753. Perſonne ne pouvant ſe faire de titre à ſoi-même, ſuivant le principe que nous avons déja établi, il ſuit delà que les livres-journaux des Mar-

chands ſur leſquels ils inſcrivent jour par jour les marchandiſes qu'ils débitent aux différens particuliers, ne peuvent pas faire une preuve pleine & entiere de ces fournitures contre les perſonnes à qui elles ont été faites.

Néanmoins la faveur du commerce a établi que lorſque ces livres ſont bien en regle; qu'ils ſont écrits de jour à jour ſans aucun blanc; que le Marchand a la réputation de probité, & que ſa demande eſt donnée dans l'année de la fourniture, ils ſont une ſemi-preuve, & même ſouvent les Juges font droit ſur les demandes des Marchands, pour raiſon deſdites fournitures, en prenant leur ſerment de la vérité de la fourniture, pour ſuppléer à ce qui manque à la preuve qui réſulte de leurs livres.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin, *ad* L. 3, *Cod. de reb. cred. tom. 3, pag. 635, col. 2, de l'édition de* 1681; où en parlant des livres des Marchands jouiſſant d'une réputation de probité, il dit: *rationes ejus quamvis non plenam probationem, nec omninò ſemiplenam inducant, tamen inſerunt aliquam præſumptionem ex quâ poſſit ei deferri juramentum, ita ut per ſe rationes probent.*

Cela doit ſur-tout avoir lieu de Marchand à Marchand.

754. Boiceau, *part. 2, chap. 8*, exige que ce qui réſulte du livre du Marchand, ſoit fortifié par d'autres indices; comme par exemple, que le défendeur avoit coutume de ſe fournir chez le Marchand, & d'acheter de lui à crédit; un tel fait, ou quelqu'autre ſemblable étant avoué, ou en cas de déni, prouvé par témoins, cet Auteur décide qu'on doit s'en rapporter à l'affirmation du Marchand ſur les fournitures inſcrites ſur ſon livre.

755. On peut encore ajouter que pour déférer l'affirmation à un Marchand contre un Bourgeois ſur la vérité des fournitures inſcrites ſur ſon livre, il faut qu'elles ne montent pas à une ſomme trop conſidérable, & qu'elles n'aient rien que de vraiſemblable, rélativement aux beſoins qu'en a pu avoir le défendeur.

Par exemple, ce ne ſeroient pas des fournitures vraiſemblables s'il étoit écrit ſur le livre d'un Marchand, qu'il m'a vendu & livré dix aunes de drap noir dans une année, parce que je n'ai pas beſoin de plus d'un habillement dans l'année, pour lequel quatre aunes de drap ſuffiſent.

756. A l'égard des petits Marchands qui ne ſont pas du Corps des Marchands, mais des gens de la lie du peuple; Boiceau, *ibid.* penſe que leurs livres ne doivent pas faire foi.

757. Après avoir vu quelle preuve les livres des Marchands ſont en leur faveur, il nous reſte à voir quelle preuve ils ſont contre eux. Il n'eſt pas douteux qu'ils font une preuve complette contre eux, ſoit des marchés qu'ils ont faits, ſoit des livraiſons qui leur ont été faites, & des ſommes qui leur ont été payées.

Cela a lieu quand même la choſe auroit été écrite par une autre main que celle du Marchand, pourvu qu'il ſoit conſtant que le journal eſt celui dont le Marchand a coutume de ſe ſervir; car ce journal étant en ſa poſſeſſion, la préſomption eſt que tout ce qui eſt écrit, l'a été de ſon conſentement; Dumoulin, *ad* L. 3, *Cod. de reb. cred.*

Dumoulin, *ibidem*, apporte pour premiere limitation à cette regle, que pour que le journal d'un Marchand faſſe foi contre lui de la ſomme qu'il a

reconnu devoir à quelqu'un, il faut ordinairement que la cauſe de la dette y ſoit exprimée; car comme il ne peut y avoir de dette ſans une cauſe qui la produiſe, & que la ſeule écriture ne fait pas la dette, la demande de la dette ne peut être fondée tant qu'il n'apparoît point de cauſe.

Mais il ſuffit qu'il en apparoiſſe une au moins par préſomption & conjectures. C'eſt pourquoi ſi un Marchand a écrit ſur ſon livre qu'il devoit la ſomme de tant à un tel Marchand, quoiqu'il n'ait point exprimé la cauſe, ſon livre fera foi contre lui en faveur de ce Marchand, ſi ce Marchand eſt celui qui a coutume de lui fournir les marchandiſes de ſon commerce; car en ce cas la préſomption eſt que la cauſe de la dette eſt la fourniture de ces marchandiſes; Dumoulin, *ibidem.*

La ſeconde limitation qu'apporte Dumoulin, eſt que la foi doit être ajoutée au journal ſeulement, & non pas à des papiers volans qui ſe ſeroient trouvés dans le journal.

La troiſieme limitation qu'il apporte, eſt que le journal d'un Marchand ne fait point de foi contre lui en ma faveur, ſi voulant prendre droit de ce journal contre lui, je ne veux pas qu'il s'en ſerve contre moi; car on ne doit pas prendre droit d'une piece qu'on rejette; Molin. *ibid. Nam fides ſcripturæ eſt indiviſibilis. Doct. ad L. ſi ex falſ.* 42, *Cod. de tranſ.*

§. V.

Des Papiers domeſtiques des Particuliers.

758. Après avoir traité des papiers-journaux des Marchands, il eſt de l'ordre de parler de ceux des particuliers qui ne ſont pas Marchands.

Il n'eſt pas douteux que ce que nous écrivons ſur nos papiers domeſtiques, ne peut faire de preuve en notre faveur contre quelqu'un qui n'y a pas ſouſcrit; *exemplo perniciosum eſt, ut ei ſcripturæ credatur, quâ unuſquiſque ſibi adnotatione propriâ, debitorem conſtituit;* L. 7, *Cod. de probat.* Mais ſont-ils preuve contre nous? Boiceau, *part.* 2, *chap.* 8, *n.* 14, diſtingue le cas auquel ce que nous avons écrit tendroit à nous obliger envers quelqu'un, & celui auquel ce que nous avons écrit tendroit à libérer notre débiteur.

Dans le premier cas, par exemple, ſi j'ai écrit ſur mon journal, ou ſur mes tablettes que j'ai emprunté vingt piſtoles de Pierre; Boiceau, *ibidem*, penſe que ſi cette reconnoiſſance faite ſur mon journal, ou ſur mes tablettes eſt ſignée de moi, elle fait une preuve complette de la dette contre moi & mes héritiers; & que ſi elle n'eſt pas ſignée, elle ne fait qu'une ſemi-preuve qui doit être fortifiée de quelque indice.

Je trouve plauſible cette diſtinction de Boiceau; mais par une autre raiſon que celles qu'il a alléguées, lorſque la note que j'ai faite de l'emprunt ſur mon journal n'eſt pas ſignée, cette note ne paroît faite que pour me rendre compte à moi-même, & non pour ſervir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait; ce créancier n'ayant pas de billet, la préſomption eſt qu'il me l'a rendu lorſque je l'ai payé, & que me trouvant aſſuré par la reſtitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, & de faire mention

mention du paiement que j'avois fait. Mais lorſque j'ai ſigné cette note, ma ſignature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle ſervît au créancier de preuve de ſa créance : elle doit donc lui en ſervir.

Quoique je n'aie pas ſigné la note, ſi j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connoître que je la faiſois pour qu'elle ſervît de preuve du prêt, dans le cas auquel je ſerois prévenu par la mort ; comme lorſque j'ai déclaré par cette note que celui qui m'avoit fait le prêt n'avoit pas voulu recevoir de billet de moi, la note dans ce cas, quoique non ſignée, doit faire une preuve de la dette contre moi & mes héritiers.

Lorſque la note, quoique ſignée, eſt barrée, elle ne fait plus de preuve en faveur du créancier : au contraire, la radiation eſt une preuve que j'ai rendu la ſomme, ſi le créancier n'a pardevers lui aucun titre.

Paſſons au ſecond cas, qui eſt celui auquel ce que j'ai écrit ſur mon journal, ne tend pas à m'obliger, mais au contraire à libérer mon débiteur ; comme lorſque j'ai écrit ſur mon journal les paiemens qu'il m'a fait, il n'eſt pas douteux en ce cas que ce que j'ai écrit ſur mon journal, ſoit que je l'aie ſigné ou non, fait une pleine foi contre moi au profit de mon débiteur, car la libération eſt favorable.

§. VI.

Des Ecritures non-ſignées des Particuliers.

759. Il y a trois eſpeces de ces écritures, 1°. les journaux & tablettes : 2°. les écritures ſur feuilles volantes, & qui ne ſont point à la ſuite, à la marge, ou au dos d'un acte ſigné : 3°. celles qui ſont à la ſuite, à la marge, ou au dos d'un acte ſigné.

Nous avons parlé de la premiere eſpece au paragraphe précédent.

Celles de la ſeconde eſpece, ou tendent à obliger, ou à libérer.

A l'égard de celles qui tendent à libérer, telles que ſont des quittances écrites de la main du créancier non ſignées, qui ſe trouvent pardevers le débiteur, quoique nous ayons décidé au paragraphe précédent, que les reçus écrits ſur le journal du créancier font une pleine foi du paiement, ſans qu'il ſoit beſoin qu'ils ſoient ſignés, je ne crois pas qu'on doive de même décider que les quittances non ſignées ſur feuilles détachées, quoique écrites entiérement de la main du créancier, & en la poſſeſſion du débiteur, faſſe pareillement une pleine foi du paiement. La raiſon de cette différence eſt qu'il n'eſt pas d'uſage de ſigner les reçus qu'on inſcrit ſur un journal ; au-lieu qu'il eſt d'uſage que le créancier ſigne les quittances qu'il donne à ſon débiteur. C'eſt pourquoi lorſque la quittance n'eſt pas ſignée, on peut croire qu'elle a été donnée au débiteur avant le paiement, *putà* comme un ſimple modele, pour que le débiteur examinât s'il approuveroit la forme en laquelle elle étoit conçue, & que le créancier a remis à la ſigner lorſqu'il ſeroit payé. Néanmoins ſi cette quittance eſt datée de maniere qu'il n'y manque que la ſignature, ſi c'eſt une quittance toute ſimple, & dont il n'y ait pas eu beſoin de faire un modele ; enfin s'il ne paroît aucune raiſon pour laquelle cette quittance ait pu parvenir au débiteur avant le paiement ; en ce cas je penſe

qu'on doit préſumer que ce n'eſt que par oubli que la quittance n'a pas été ſignée, & qu'elle doit faire foi du paiement, ſur-tout ſi on y ajoute le ſerment ſupplétoire du débiteur.

A l'égard des écritures non ſignées ſur des feuilles volantes qui tendent à l'obligation de la perſonne qui les a écrites; telle qu'une promeſſe, un acte de vente, *&c.*, quoiqu'elles ſe trouvent entre les mains de celui envers qui l'obligation devroit être contractée, elles ne font néanmoins aucune preuve contre la perſonne qui les a écrites, que l'obligation a été effectivement contractée, & elles ne paſſent que pour de ſimples projets qui n'ont pas eu d'exécution.

760. Il nous reſte à parler des écritures non ſignées qui ſont à la ſuite ou à la marge, ou au dos d'un écrit ſigné : ces écritures, ou tendent à la libération, ou à une nouvelle obligation.

A l'égard de celles qui tendent à la libération, il faut encore diſtinguer le cas auquel l'acte au bas ou au dos duquel elles ſont, eſt & n'a jamais ceſſé d'être en la poſſeſſion du créancier, & celui auquel il ſeroit en la poſſeſſion du débiteur. Dans le premier cas, comme lorſqu'au bas ou au dos d'une promeſſe ſignée par le débiteur, qui eſt en la poſſeſſion du créancier, il ſe trouve des quittances de ſommes reçues à compte, ces quittances, quoique non ſignées ni datées, ſont une pleine preuve du paiement, non-ſeulement lorſqu'elles ſont écrites de la main du créancier, mais même de quelque main qu'elles ſoient écrites, fût-ce même de celle du débiteur; parce qu'il eſt plus que probable que le créancier n'auroit pas laiſſé écrire ces reçus ſur le billet qui étoit en ſa poſſeſſion, ſi les paiemens ne lui avoient pas été faits effectivement.

Il y a plus, quand même les écritures non-ſignées, qui ſont au bas ou au dos d'un acte qui eſt en la poſſeſſion du créancier, & qui tendent à la libération de ce qui eſt porté par cet acte, ſeroient barrées, elles ne laiſſeroient pas de faire foi : car il ne doit pas être au pouvoir du créancier, en la poſſeſſion duquel eſt l'acte, ni moins encore en celui de ſes héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve du paiement qu'elle renferme.

761. Ces diſpoſitions ont lieu lorſque l'acte eſt entre les mains du créancier. *Quid*, ſi l'acte eſt entre les mains du débiteur? *putà*, ſi au bas, au dos, ou en marge d'un traité de vente fait double, qui eſt entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il ſe trouve des reçus non-ſignés? Ces écritures feront pleine foi, ſi elles ſont de la main du créancier : ces quittances étant ſur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non-ſignées, données ſur une feuille volante. Il en eſt de même des quittances non-ſignées, écrites de la main du créancier, qui ſeroient à la ſuite d'une précédente quittance ſignée : mais ſi ces écritures ſont d'une autre main que celle du créancier, n'étant point ſignées de lui, elles ne font aucune foi du paiement, ne devant pas être au pouvoir du débiteur de ſe procurer la libération de ſa dette, en faiſant écrire des reçus ſur l'acte qui eſt en ſa poſſeſſion, par telle perſonne qu'il voudra.

Les quittances, quoique écrites de la main du créancier ſur l'acte qui eſt en la poſſeſſion du débiteur, ne feront pas foi non plus ſi elles ſont barrées;

car il eſt ſenſible que le débiteur, en la poſſeſſion duquel eſt l'acte, ne les auroit pas laiſſé barrer, ſi le paiement eût été effectif ; & il y a lieu de croire que le créancier ayant écrit la quittance ſur des propoſitions de paiement, l'ait barrée, parce que les propoſitions n'ont pas été effectuées.

762. A l'égard des écritures non-ſignées qui tendent à l'obligation, lorſqu'elles expriment une rélation avec l'acte ſigné, au bas, au dos ou en marge, duquel elles ſont, elles font foi contre le débiteur qui les a écrites. Par exemple, ſi au bas d'une promeſſe ſignée de Pierre, par laquelle il reconnoît que Jacques lui a prêté mille livres, il étoit écrit de la main de Pierre ; *Plus, je reconnois que mondit ſieur Jacques m'a encore prêté deux cens livres ;* cette écriture quoique non-ſignée feroit foi contre Pierre, parce que par ces termes, *de plus*, *encore*, elle a une relation avec l'écrit ſigné de lui. *Boiceau*, 11, 2, *& Danty*, *ibid.*

Pareillement, ſi au bas d'un traité de vente d'une métairie, ſigné des deux parties, il y avoit un *poſt-ſcriptum* écrit de la main du vendeur, quoique non ſigné, portant que les beſtiaux qui y ſont, ſont compris dans la vente, ce *poſt-ſcriptum* feroit foi contre le vendeur.

S'il étoit écrit d'une autre main, il eſt évident qu'il ne feroit pas foi contre lui, ſi l'acte étoit produit par l'acheteur ; mais ſi ce *poſt-ſcriptum* étoit au bas de l'acte qui eſt entre les mains du vendeur, ce *poſt-ſcriptum*, quoiqu'écrit d'une autre main, feroit foi contre le vendeur ; car il n'auroit pas laiſſé mettre ce *poſt-ſcriptum* au bas d'un acte qui étoit en ſa poſſeſſion, ſi le contenu n'eût pas été convenu entre les parties.

763. Lorſque les écritures non-ſignées étant au dos, au bas, ou à la marge d'un acte, n'ont aucun rapport avec cet acte, elles ſont ſemblables à celles écrites ſur feuilles volantes. *Voyez* ce qui en a été dit *ſuprà*, *n.* 759.

§. VII.

Des Tailles.

764. On appelle *Taille* les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux, dont deux perſonnes ſe ſervent, pour marquer la quantité de fournitures, que l'une des deux fait journellement à l'autre.

Pour cet effet, chacune d'elles a un morceau de ce bois ; celle que le Marchand qui fait les fournitures a pardevers lui, s'appelle proprement *la Taille*, l'autre ſe nomme *Echantillon.*

Lors des fournitures, l'on joint les deux parties du morceau de bois, & l'on y coche avec un couteau, un chifre qui marque la quantité des fournitures ; telles ſont les tailles des Boulangers.

Ces tailles tiennent lieu d'écritures, & ſont une eſpece de preuve littérale de la quantité de marchandiſes fournies, lorſque celui à qui elles ont été fournies repréſente l'échantillon pour le joindre à la taille.

ARTICLE III.

Des Copies.

765. C'eſt une regle commune à toutes les copies, que lorſque le titre original ſubſiſte, elles ne font foi que de ce qui ſe trouve dans le titre original, les Notaires ne devant pas, même ſous pretexte d'interprétation, rien ajouter dans les groſſes & expéditions, à ce qui eſt contenu dans la minute originale.

C'eſt pourquoi il ne peut gueres y avoir de queſtion ſur la foi que méritent les copies, lorſque le titre original ſubſiſte ; car ſi on doute de ce qu'elles contiennent, on peut avoir recours au titre original.

Il peut y avoir plus de difficulté, lorſque le titre original eſt perdu, pour ſçavoir quelle foi peuvent faire en ce cas les copies. Il faut d'abord diſtinguer celles qui ont été tirées par une perſonne publique, & celles qui n'ont pas été tirées par une perſonne publique ; il faut encore à l'égard des premieres, en diſtinguer trois eſpeces ; 1°. Celles qui ont été faites par autorité du Juge, partie préſente ou duement appellée : 2°. Celles qui ont été faites ſans l'autorité du Juge, mais en préſence des parties : 3°. Celles qui ont été faites ſans préſence des parties, & ſans qu'elles y aient été appellées de l'autorité du Juge. Nous traiterons de ces trois eſpeces dans les trois premiers paragraphes. Le regiſtre des inſinuations renferme des copies, de la claſſe de celles qui ſont tirées par un Officier public ; nous en traiterons dans un quatrieme paragraphe. Nous traiterons dans le cinquieme, des copies qui n'ont pas été tirées par une perſonne publique ; & dans le ſixieme, des copies de copie.

§. I.

Des copies faites par l'autorité du Juge, Partie préſente ou duement appellée.

766. Celui qui veut avoir une copie de cette eſpece, qui lui tienne lieu de l'original, donne ſa requête au Juge, au bas de laquelle le Juge ordonne que copie ſera tirée ſur l'original d'un tel acte, en tel lieu, tel jour, à telle heure, & que les parties intéreſſées ſeront ſommées de s'y trouver ; en conſéquence de cette Ordonnance qu'il fait ſignifier aux parties, il les fait par le même acte ſommer de ſe trouver au lieu, jour & heure indiqués.

La copie qui en conſéquence eſt tirée ſur l'original par un Officier public, ſoit en préſence des parties, ſoit en leur abſence, après qu'elles ont été, comme nous l'avons déja dit, ſommées de s'y trouver, eſt une copie qu'on appelle copie en forme. Lorſque l'original par la ſuite eſt perdu, elle fait la même foi contre les parties qui y ont été préſentes ou ſommées de s'y trouver, & contre leurs héritiers ou ſucceſſeurs, que feroit l'original même ; *Molin. in Conſ. Par.* §. 8, *gl.* 1, *n.* 37.

767. Obſervez que lorſque ces copies ſont encore nouvelles, l'énonciation

qui y eſt faite de l'Ordonnance du Juge, & des aſſignations données aux parties, pour ſe trouver au lieu, & au jour & heure auxquels ſe doit tirer la copie, n'eſt pas une preuve ſuffiſante que ces formalités ont été obſervées. C'eſt pourqui pour qu'à défaut de l'original, la copie faſſe la preuve entiere que l'original auroit fait, il faut que celui qui s'en ſert, rapporte l'Ordonnance du Juge & les aſſignations.

Mais lorſque ces copies ſont anciennes, cette énonciation de l'obſervation des formalités, eſt une preuve ſuffiſante qu'elles ont été obſervées ſuivant cette regle, *enunciativa in antiquis probant*; & il n'eſt pas néceſſaire de rapporter ni l'Ordonnance du Juge, ni les aſſignations.

Pour qu'une copie ſoit réputée ancienne, à l'effet de diſpenſer du rapport des procédures qui y ſont énoncées, il n'eſt pas néceſſaire qu'elle ait une antiquité de trente ou quarante ans, telle que celle qui eſt requiſe pour ſuppléer ce qui manque aux actes pour faire une pleine foi, & dont nous parlerons *infrà*, *n.* 771. Il ſuffit qu'elle ait une antiquité de dix ans. C'eſt ſur ce principe qu'on juge qu'après dix ans, un adjudicataire par décret, dont l'adjudication eſt attaquée, n'eſt pas obligé de rapporter les procédures ſur leſquelles eſt intervenu le décret.

768. Ces copies en forme, qui à l'égard des perſonnes qui y ont été préſentes ou duement appellées, ſont la même foi que l'original, n'ont à l'égard des autres perſonnes qui n'y ont été ni préſentes, ni appellées, que l'effet que peuvent avoir celles faites ſans partie préſente ni appellée, dont nous parlerons *infrà*, §. 3; *Molin. ibid. d. n.* 37.

§. II.

Des copies faites en préſence des Parties, mais ſans l'autorité du Juge.

769. Ces copies ne ſont pas proprement *copies en forme*, puiſqu'elles ne ſont pas faites par autorité du Juge; néanmoins elles ont le même effet entre les parties qui y ont été préſentes, leurs héritiers ou ſucceſſeurs, que les copies en forme; & elles ſont entre ces parties comme les copies en forme, à défaut de l'original, la même foi qu'auroit fait l'original.

Elles tirent de la convention des parties cette autorité; car les parties par leur préſence, lorſque ces copies ont été tirées, ſont tacitement convenues qu'elles tiendroient entr'elles lieu d'original. Ces copies ne ſont pas néanmoins toujours la même preuve que les copies en forme; car comme elles tirent leur force de la ſeule convention des parties, il ſuit de-là qu'elles n'en peuvent avoir dans les choſes dont il n'eſt pas au pouvoir des parties de convenir, & dont ces parties n'ont pas la diſpoſition.

C'eſt pourquoi, ſi ſans autorité de juſtice, j'ai tiré copie avec un titulaire de bénéfice, d'un bail à emphitéoſe d'un héritier dépendant de ce bénéfice, & des autres pieces contenant les formalités qui ont dû l'accompagner, & que ſon ſucceſſeur revendique ſur moi cet héritage, les copies que j'ai tirées en préſence de ſon prédéceſſeur, ne feront pas contre le ſucceſſeur la même

foi qu'auroit fait l'original deſdites pieces, qui depuis ont été perdues ; ni celles qu'auroient faites des copies en forme ; car ſon prédéceſſeur, qui n'avoit pas la libre diſpoſition des héritages de ſon bénéfice, n'a pu, au préjudice de ces ſucceſſeurs, convenir que les copies que j'ai tirées, étoient conformes aux originaux des actes qui établiſſoient la légitimité de l'aliénation de cet héritage.

§. III.

Des copies faites ſans préſence des Parties, & ſans qu'elles aient été appellées par autorité de Juſtice.

770. Les copies qui ſont tirées ſur l'original hors de la préſence de la partie, & ſans qu'elle y ſoit appellée, ne font pas ordinairement une preuve entiere contr'elle de ce qui eſt contenu en l'original, dans le cas où il ſeroit perdu ; cette copie fait ſeulement un indice ou commencement de preuve par écrit, qui peut faire admettre la preuve teſtimoniale, pour ſuppléer à celle qui manque à cette copie.

Cette déciſion a lieu, ſoit que cette copie ait été tirée ſans Ordonnance du Juge, ou en vertu d'une Ordonnance du Juge ; car c'eſt la même choſe, qu'il y ait eu une Ordonnance du Juge, dont on n'ait pas fait uſage pour appeller la partie, ou qu'il n'y en ait point eu.

Cette déciſion a lieu ſelon Dumoulin, quand même la copie ſeroit tirée par le même Notaire qui a reçu l'original. Par exemple, j'ai paſſé procuration à Pierre, préſent Gomet, Notaire, pour vendre ma maiſon à Jacques ; Pierre vend ma maiſon à Jacques en vertu de cette procuration, dont la copie eſt inſérée en fin du contrat de vente, & cette copie eſt ſignée de Gomet, qui atteſte qu'il l'a copiée mot à mot ſur l'original qu'il a reçu. Depuis, je donne la demande en revendication contre Jacques ; & l'original de la procuration que j'avois donnée à Pierre, pour la lui vendre, étant perdu, on n'a plus que cette copie à m'oppoſer, cette copie ne fera pas une preuve pleine & entiere contre moi, que j'ai donné pouvoir de vendre ma maiſon. La raiſon eſt que cette copie prouve bien qu'il y a un original, ſur laquelle elle a été tirée ; mais n'ayant point été tirée avec moi, elle ne prouve point contre moi que l'original ſur lequel elle a été tirée, & qu'on ne repréſente point, avoit tous les caracteres néceſſaires pour faire foi : elle ne prouve point que ma ſignature qu'on dit dans cette copie, s'être trouvée au bas de cet original, fût effectivement ma ſignature ; il eſt vrai que c'eſt le Notaire qui a reçu l'original, & qui m'a vu ſigner l'original, qui l'atteſte. Mais, dit Dumoulin, un Notaire ne peut atteſter & faire pleine foi, ſinon des choſes qu'il eſt requis d'atteſter par les parties ; *non poteſt teſtari niſi de eo de quo rogatur à partibus ;* il ne peut atteſter que ce qu'il voit & entend *propriis ſenſibus* au temps qu'il l'atteſte ; or au temps qu'il a fait cette copie, il voyoit ſeulement qu'il y avoit un original, mais il ne me voyoit pas le ſigner ; il n'étoit point requis par moi d'atteſter qu'il y eût un original en regle véritablement ſigné de moi, ſur lequel il a tiré la copie, puiſqu'on la ſuppoſe tirée en mon abſence ; & par conſéquent, il n'a pu donner à cette copie la foi de l'original ; *Molin. d.* §. 8, *gl.* 1, *n.* 48, 62, 63, 64, &c.

771. Tout ce que nous avons dit, ſouffre exception à l'égard des copies anciennes ; car les anciennes copies des actes, ſoit qu'elles ſoient tirées par le même Notaire qui a reçu l'original, ou même par un autre, font foi contre tous à défaut de l'original, parce qu'elles énoncent qu'il y a eu un original en regle, & que *in antiquis enuntiativa probant.*

C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, *ibid. n.* 41. *Si exemplum eſſet antiquum & de inſtrumento antiquo, non enim ſufficeret originale fuiſſe antiquum, ſi exemplum eſſet recens.... Tunc ratione antiquitatis puto quod plenè probaret contrà omnes quantùm ipſum originale probaret : ratio, quia habet authenticum teſtimonium de autoritate & tenore originalis, cui antiquitas loco cæterarum probationum quarum copiam ſuſtulit, autoritatem plenæ fidei ſupplet.*

Une copie eſt ordinairement réputée ancienne, lorſqu'elle a plus de trente ou quarante ans ; car ſuivant Dumoulin, *ibid. n.* 81 & 82, hors le cas des matieres qui concernent les droits qui n'admettent que la poſſeſſion immémoriale & centenaire, à l'égard deſquelles un acte n'eſt réputé ancien que lorſqu'il paſſe cent ans ; dans toutes les autres matieres, les actes ſont réputés anciens lorſqu'ils paſſent trente ou quarante ans. Ils peuvent même au bout de dix ans, ſuivant cet Auteur, paſſer pour anciens *ad ſolemnitatem præſumendam, niſi agatur de grævi præjudicio alterius*, ibid. n. 83.

§. IV.

Du Regiſtre des Inſinuations.

772. La copie d'une donation qui eſt tranſcrite dans le regiſtre des Inſinuations, ne fait pas foi de la donation : autrement il ſeroit au pouvoir d'une perſonne de mauvaiſe foi, de ſuppoſer une fauſſe donation qu'elle feroit tranſcrire ſur le regiſtre des Inſinuations, & d'éluder la preuve qu'on pourroit faire de la fauſſeté, en ſupprimant l'original. Mais Boiceau, *p.* 1, *ch.* 11, penſe que ce regiſtre fait au moins un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre la preuve teſtimoniale de la donation. Danty penſe que cette déciſion ſouffre beaucoup de difficulté. Pour que cette preuve fût admiſe, je voudrois au moins que deux choſes concouruſſent, 1°. qu'il fût conſtant que les minutes de tous les actes paſſés par le Notaire dans l'année dans laquelle on prétend que la donation a été faite, ne ſe trouvent point ; car s'il n'y avoit que la minute de cette prétendue donation, qui ne s'y trouvât pas, il en réſulteroit des ſoupçons d'affectation dans la ſuppreſſion de cet acte, qui feroient douter de la vérité ou de la forme de cet acte, & empêcheroient qu'on en dût admettre la preuve par témoins. 2°. Je penſe qu'il faudroit que le donataire offrit de faire la preuve de la donation par des témoins qui auroient été préſens lorſque l'acte a été fait, ou du moins qui auroient entendu le donateur en convenir ; & il ne ſuffiroit pas que le donataire prouvât qu'on a vu l'acte de donation entre les mains du donataire ; car ces témoins qui voient cet acte, ne ſçavent pas ſi cet acte eſt véritable, ni s'il eſt revêtu de ſes formes.

773. Si l'inſinuation avoit été faite à la requête du donateur, & qu'il eût ſouſcrit ſur le regiſtre des Inſinuations, Boiceau décide qu'en ce cas l'inſinua-

tion feroit foi de la donation, par la même raiſon qu'il a été dit ci-deſſus, que les copies judiciaires, faites en préſence des parties, font la même foi que l'original vis-à-vis de la partie qui y a été préſente.

§. V.

Des copies tout-à-fait informes qui ne ſont pas tirées par une perſonne publique.

774. Les copies qui ne ſont pas tirées par une perſonne publique, ſont celles qu'on appelle abſolument informes: elles ne forment aucune preuve, quoiqu'anciennes; elles ne peuvent tout au plus que former quelque indice très-léger.

Néanmoins ſi quelqu'un avoit produit cette copie informe pour en tirer quelque indice, l'autre partie pourroit s'en ſervir contre lui; & elle feroit foi contre lui, parce qu'en la produiſant lui-même, il eſt cenſé en avoir reconnu la vérité: car on ne doit produire que des pieces qu'on croit vraies.

Lorſqu'une copie a été tirée, à la vérité, par une perſonne publique, comme eſt un Notaire, mais qui ne s'eſt point fait aſſiſter de témoins ou d'un autre Notaire, elle ne paſſe point pour être tirée par une perſonne publique, & elle eſt auſſi abſolument informe, que ſi elle eût été tirée par un particulier; car une perſonne publique qui ne ſe comporte point en perſonne publique, n'eſt point réputée pour telle: *Perſona publica*, dit Dumoulin, *agens contrà officium perſonæ publicæ, non eſt digna ſpectari ut perſona publica.*

§. VI.

Des Copies de Copies.

775. Il eſt évident que la copie tirée, non ſur l'original, mais ſur une précédente copie, quoique tirée *ſervato juris ordine*, ne peut faire que la même preuve qu'auroit pu faire la précédente copie ſur laquelle elle a été tirée, & contre les perſonnes ſeulement contre leſquelles la précédente copie auroit pu faire preuve.

Quelquefois même, quoique cette ſeconde copie tirée ſur une premiere, ait été tirée *ſervato juris ordine*, elle ne fait pas la même preuve contre la même perſonne, qu'auroit fait la précédente copie; ce qui a lieu lorſque la perſonne à qui on l'oppoſe, n'avoit pas les mêmes raiſons de conteſter l'original, lorſqu'on a tiré avec elle la premiere copie, qu'elle a aujourd'hui de le conteſter à l'égard de celui qui a fait tirer la ſeconde.

Dumoulin, §. 8, *gl.* 1, *n.* 34, apporte cet exemple: Pierre, domeſtique d'un de mes parens dont je ſuis héritier, a fait, en vertu d'une Ordonnance du Juge, en la préſence de mon Procureur, tirer copie entiere du teſtament de ce parent; après quoi il s'eſt fait ſaiſir par moi d'un legs de cent écus qui lui étoit fait par le teſtament; cette copie a été tirée ſur l'original qui étoit dépoſé chez un Notaire; depuis ſurvient Jacques qui demande la délivrance d'un legs de dix

de dix mille écus, porté par le même teſtament; & comme l'original a été depuis égaré, il donne requête au Juge pour en être tiré copie en ma préſence, ou moi duement appellé, ſur celle qui en avoit été tirée par Pierre. Dumoulin dit que cette copie tirée par Jacques ſur celle tirée par Pierre, ne fait pas contre moi une preuve entiere, telle que faiſoit en faveur de Pierre, celle que Pierre a tirée ſur l'original, parce que, dit-il, *nova contradicendi cauſa ſubeſt:* j'ai aujourd'hui des raiſons de contredire & de conteſter l'original, que je n'avois pas lorſque Pierre a fait tirer ſa copie; le legs que Pierre me demandoit, étoit un legs modique de cent écus, il ne valoit pas la peine que je conteſtaſſe l'original du teſtament; c'eſt pourquoi j'ai pu négliger les moyens que j'avois lors de le conteſter. Mais aujourd'hui que Jacques me demande dix mille écus, j'ai un grand intérêt d'examiner ſi l'original du teſtament eſt en regle. C'eſt pourquoi de ce que j'ai bien voulu paſſer la copie de Pierre pour la copie d'un teſtament en regle, il ne s'enſuit pas que je doive reconnoître la même choſe à l'égard de la copie de Jacques, tirée ſur celle de Pierre.

776. Le titre primordial, ſuivant que le nom le fait entendre, eſt le premier titre qui a été paſſé entre les parties entre leſquelles une obligation a été contractée, & qui renferme cette obligation. Par exemple, le titre primordial d'une rente eſt le contrat par lequel elle a été conſtituée. Les titres recognitifs ſont ceux qui ont été paſſés depuis par les débiteurs, leurs héritiers ou ſucceſſeurs.

777. Dumoulin, *d.* §. 8, *n.* 88, diſtingue deux eſpeces de titres *recognitifs* ou *reconnoiſſances;* celles qui ſont dans la forme qu'il appelle *ex certâ ſcientiâ*, & celles qu'on appelle *in formâ communi.*

Les reconnoiſſances *ex certâ ſcientiâ*, qu'il appelle auſſi *in formâ ſpeciali & diſpoſitivâ*, *n.* 89, ſont celles où la teneur du titre primordial eſt relatée. Ces reconnoiſſances ont cela de particulier, qu'elles équipollent au titre primordial, au cas qu'il fût perdu, & en prouvent l'exiſtence contre la perſonne reconnoiſſante, pourvu qu'elle ait la diſpoſition de ſes droits, & contre ſes héritiers & ſucceſſeurs; & diſpenſe par conſéquent le créancier de le rapporter, dans le cas auquel il ſe trouveroit perdu; *Molin. ibid. n.* 89.

Les reconnoiſſances *in formâ communi* ſont celles où la teneur du titre primordial n'eſt point relatée. Ces reconnoiſſances ſervent ſeulement à confirmer le titre primordial, & à interrompre la preſcription; mais elles ne confirment le titre primordial, qu'autant qu'il eſt vrai; elles n'en prouvent point l'exiſtence, & elles ne diſpenſent point le créancier de le rapporter; *ibid.*

Néanmoins s'il y avoit pluſieurs reconnoiſſances conformes, dont quelqu'une fut ancienne, ou même une ſeule ancienne, & ſoutenue de la poſſeſſion, elles pourroient équipoller au titre primordial, & diſpenſer le créancier de le rapporter; ce qui a lieu ſur-tout lorſque le titre primordial eſt très-ancien; *ibid. n.* 90.

778. Les reconnoiſſances de l'une & de l'autre eſpece, ont cela de commun, qu'elles ſont relatives au titre primordial; que le reconnoiſſant par ces reconnoiſſances n'eſt pas cenſé vouloir contracter aucune nouvelle obligation, mais ſeulement reconnoître l'ancienne qui a été contractée par le titre primordial. C'eſt pourquoi ſi par la reconnoiſſance il s'eſt reconnu obligé à quelque choſe de plus ou de différent de ce qui eſt porté par le titre primordial, en rappor-

tant le titre primordial, & faiſant connoître l'erreur qui s'eſt gliſſée dans la reconnoiſſance, il en ſera déchargé.

Cette déciſion a lieu, quand même l'erreur ſe trouveroit dans une longue ſuite de reconnoiſſances, il en faudra toujours revenir au titre primordial, lorſqu'il ſera rapporté.

Hoc tantùm intereſt, dit Dumoulin, *ibid. n.* 88, *inter confirmationem in formâ communi, & confirmationem, ex certâ ſcientiâ, quod illa (in forma communi) tanquam conditionalis & præſuppoſitiva non probat confirmatum; hoc (ex certâ ſcientiâ) fidem de eo facit, non tamen illud in aliquo auget vel extendit, ſed ad illud commenſuratur, & ad ejus fines & limites reſtringitur, &c.* Et ailleurs, §. 18, *gl.* 1, *n.* 19, il dit en général des reconnoiſſances, que *non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, ſed ſolùm animo recognoſcendi; undè ſimplex titulus novus non eſt diſpoſitorius.*

779. Si les reconnoiſſans au contraire ont reconnu pour moins qu'il n'eſt porté par le titre primordial; s'il y a pluſieurs reconnoiſſances conformes, & qui remontent à trente ans, qui eſt le temps ſuffiſant pour opérer la preſcription, ou à quarante ans, lorſque le créancier eſt privilégié, le créancier en rapportant le titre primordial ne pourra pas prétendre plus qu'il n'eſt porté par les reconnoiſſances, parce qu'il y a preſcription acquiſe pour le ſurplus.

ARTICLE IV.

Des Quittances.

780. De même qu'on paſſe des actes pour la preuve des engagemens, on en paſſe auſſi pour la preuve des paiemens. On appelle ceux-ci *Quittances.*

Une quittance fait foi de ce qu'elle contient, contre le créancier qui l'a donnée, ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs, ſoit qu'elle ſoit paſſée devant Notaires, ſoit qu'elle ſoit paſſée ſous la ſignature privée du créancier.

Il y a même certains cas dans leſquels une quittance eſt valable & fait foi ſans qu'elle ait été paſſée devant Notaire, ni ſignée du créancier; *Voyez* ces cas *ſuprà, n.* 758 *& ſuiv.*

Les quittances, ou expriment la ſomme qui a été payée ſans exprimer la cauſe de la dette; ou elles expriment la cauſe de la dette, ſans exprimer la ſomme payée; ou elles n'expriment ni la ſomme qui a été payée, ni la cauſe de la dette; ou elles expriment l'une & l'autre.

Les quittances qui expriment la ſomme qui a été payée, quoiqu'elles n'expriment pas la cauſe de la dette, ne laiſſent pas d'être valables; comme lorſqu'elles ſont ainſi conçues: *J'ai reçu d'un tel la ſomme de tant, fait tel jour, &c.* & en ce cas lorſque le créancier qui l'a donnée, avoit au temps de la quittance pluſieurs créances contre le débiteur à qui il l'a donnée; ce débiteur en peut faire l'imputation ſur celle qu'il avoit le plus d'intérêt d'acquitter, comme nous l'avons vu *ſuprà, part.* 3, *ch.* 1, *art.* 7.

781. Les quittances qui n'expriment que la cauſe de la dette, ſans exprimer la ſomme qui a été payée, ſont pareillement valables, & elles font foi du paiement de tout ce qui étoit dû pour la cauſe exprimée par la quittance au temps de la quittance. Par exemple, ſi elle eſt ainſi conçue, *j'ai reçu d'un tel*

ce qu'il me doit, pour le vin de ma maiſon de S. Denys que je lui ai vendu : telle quittance fait foi du paiement de ce qu'il me devoit pour le prix du vin de cette maiſon, ſoit du total, s'il me devoit le total, ſoit de ce qui en reſtoit dû.

Mais cette quittance ne s'étend pas à ce qui m'eſt dû pour d'autres cauſes que celle qui eſt exprimée, & il n'eſt pas beſoin que j'en faſſe une réſerve expreſſe. Par exemple, la quittance que je vous aurois donnée, telle qu'elle eſt conçue dans l'eſpece ci deſſus propoſée, ne renferme que ce que vous me devez pour le prix du vin de ma maiſon de S. Denys, & vous ne pouvez pas l'oppoſer contre mes créances pour le prix du vin de mes autres maiſons, que je vous aurois pareillement vendu.

Lorſque la dette dont la cauſe eſt exprimée par la quittance, eſt une dette qui conſiſte en arrérages, rentes, loyers ou fermes ; elle fait foi du paiement de tout ce qui a couru juſqu'au dernier terme d'échéance qui a précédé la date de la quittance ; mais elle ne s'étend pas à ce qui a couru depuis. Par exemple, ſi vous êtes le locataire d'une maiſon qui m'appartient, dont les loyers ſe paient à la S. Jean ; ou débiteur envers moi d'une rente payable par chacun an, à la S. Jean, la quittance que je vous aurai donnée en ces termes : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit pour loyers ;* ou bien, *ce qu'il me doit pour arrérages des rentes. Fait ce* 10 *Décembre* 1760, eſt valable pour tous les arrérages ou loyers, courus juſqu'au terme de la S. Jean 1760 ; mais elle ne s'étend pas à ce qui en a couru depuis.

Quid. Si la quittance n'étoit pas datée ? Le défaut de date empêchant en ce cas qu'on puiſſe ſçavoir en quel temps la quittance a été donnée, le débiteur ne peut prouver par cette quittance quel eſt le terme qui a précédé le temps de la quittance, & juſqu'auquel il a payé : dans cette incertitude, cette quittance ne prouve autre choſe ſinon que le débiteur a payé au moins un terme ; & par conſéquent il ne peut la faire valoir que pour un terme. Si c'étoit l'héritier du créancier qui eût donné la quittance, elle vaudroit pour tous les termes échus du vivant du défunt ; car il n'eſt pas douteux que ces termes ont précédé le temps de la quittance, l'héritier n'ayant pu la donner que depuis qu'il eſt devenu héritier, & par conſéquent depuis la mort du défunt.

Lorſque la dette, dont la cauſe eſt exprimée par la quittance, eſt la dette d'une ſomme partagée en pluſieurs termes de paiemens ; comme lorſque mon beau-pere m'a promis pour la dot de ſa fille que j'ai épouſée, une dot de 20000 livres, payable en quatre paiemens, d'année en année ; la quittance que je lui donne ſans expreſſion de ſomme en ces termes : *J'ai reçu de mon beau-pere ce qu'il me doit pour la dot de ma femme*, ne doit pareillement comprendre que les termes qui étoient échus lors de la quittance, & ne doit pas s'étendre à ceux qui ne l'étoient pas encore ; car quoiqu'une ſomme, dont le terme de paiement n'eſt pas encore échu, ne laiſſe pas d'être due dans un ſens très véritable, néanmoins dans le ſens du langage ordinaire, qui eſt celui dans lequel la quittance doit être entendue, ces termes *ce qu'il doit*, ne s'entendent que de ce qui peut s'exiger, & dont le terme de paiement eſt échu ; & c'eſt en ce ſens qu'on dit vulgairement (*Qui a terme ne doit rien* ; Loiſel. D'ailleurs on ne préſume pas qu'un débiteur paie avant le terme.

Il y auroit beaucoup plus de difficulté ſi la quittance étoit conçue en ces

termes : *j'ai reçu la dot de ma femme ;* ces termes généraux & indéfinis paroiſſent comprendre toute la dot, & par conſéquent même les portions dont les termes de paiement n'étoient pas encore échus au temps de la quittance.

782. Lorſque la quittance n'exprime ni la ſomme qui a été payée, ni la cauſe de la dette qui a été acquittée ; comme lorſqu'elle eſt conçue en ces termes : *j'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit. Fait, &c.* Cette quittance eſt une quittance générale, qui comprend toutes les différentes dettes qui étoient dues au temps de cette quittance à celui qui l'a donnée, par celui à qui elle a été donnée. Si entre ces dettes il y en avoit qui fuſſent exigibles au temps de la date de la quittance, & d'autres dont le terme de paiement ne fût pas encore échu, la quittance ne s'étendroit pas à celles-ci, par les raiſons que nous avons déja déduites ci-deſſus.

A plus forte raiſon la quittance ne doit pas s'étendre aux principaux des rentes dues par le débiteur : elle ne comprend que les arrérages échus juſqu'au dernier terme qui a précédé la dette de la quittance.

On doit encore excepter de cette quittance les dettes, dont le créancier qui l'a donnée n'avoit pas encore vraiſemblablement de connoiſſance. Par exemple, ſi au temps de la quittance vous étiez, de votre chef, mon créancier de certaines ſommes, & d'autres ſommes, comme héritier de Pierre, dont la ſucceſſion vous étoit déja échue, mais dont l'inventaire n'étoit pas encore fait, la quittance générale que vous m'avez donnée en ces termes : *j'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit*, ne comprend pas ce que je dois à la ſucceſſion de Pierre ; car comme dans le temps de votre quittance vous n'aviez pas encore connoiſſance des effets de la ſucceſſion de Pierre, quoiqu'elle vous fût déja échue, vous ne devez pas être cenſé avoir compris dans cette quittance la dette que je vous devois en votre qualité d'héritier de Pierre, dont vraiſemblablement vous n'aviez pas connoiſſance.

Si je vous devois certaines ſommes de mon chef & d'autres, comme caution d'une autre perſonne, ces termes de la quittance que vous m'avez donnée, *j'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit*, comprennent-ils les ſommes que je vous devois comme caution ? La raiſon de douter eſt que ces termes, *ce qu'il me doit*, pris littéralement dans leur généralité, ſemblent les comprendre ; car je dois véritablement ce que je dois comme caution. Néanmoins je penſe qu'on doit préſumer que vous n'avez entendu par ces termes, *ce qu'il me doit*, que ce que je dois *proprio nomine*, & non ce que je vous devois comme caution, 1°. parce que pouvant me défendre de payer ce que je vous devois comme caution, juſqu'après la diſcuſſion des principaux débiteurs, je ne le *devois* pas en quelque façon, & dans le ſens du langage ordinaire, avant la diſcuſſion & au temps de la quittance : 2°. parce qu'ayant un recours à exercer pour ce que je vous aurois payé pour ceux que j'ai cautionnés, il n'eſt pas préſumable qu'en payant pour eux, je n'euſſe pas tiré des quittances particulieres des ſommes que je payois pour eux, & que je me fuſſe contenté d'une quittance auſſi générale.

Si parmi les ſommes que je vous devois au temps de la quittance générale que vous m'avez donnée, il y en avoit une portée par un billet qui fût reſté en votre poſſeſſion, y ſeroit-elle compriſe ? La raiſon de douter ſe tire de la

rétention du billet que vous m'auriez dû rendre, & qui n'auroit pas dû reſter pardevers vous ſi je l'euſſe acquitté. La raiſon de décider qu'elle y eſt compriſe, ſe tire de la généralité de ces termes, *ce qu'il me doit*, qui comprennent toutes les dettes que je vous devois lors : il peut ſe faire que me fiant à ma quittance générale, j'aie négligé de retirer mon billet que vous aviez peut-être alors égaré.

783. La quatrieme eſpece de quittance, eſt celle dans laquelle on a exprimé, tant la ſomme qui a été payée, que la cauſe de la dette acquittée : celle-ci ne peut gueres donner lieu à aucune difficulté. Si la ſomme payée excédoit celle qui étoit due pour la cauſe exprimée par la quittance, le débiteur, ſuppoſé qu'il ne dût rien autre choſe, auroit la répétition de cet excédant, *per condictionem indebiti* : s'il étoit débiteur pour d'autres cauſes, il imputeroit cet excédant ſur celle qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter.

La queſtion ſi les quittances d'une ou de pluſieurs années d'arrérages font préſumer le paiement des précédentes, eſt traitée *infrà*, *chap.* 3, *ſect.* 2, *art.* 2.

CHAPITRE II.

De la Preuve vocale ou teſtimoniale.

LA preuve vocale ou teſtimoniale, eſt celle qui ſe fait par la dépoſition des témoins.

ARTICLE PREMIER.

Principes généraux ſur les cas auxquels cette preuve eſt admiſe.

784. La corruption des mœurs & les exemples fréquens de ſubornation de témoins, nous ont rendus beaucoup plus difficiles à admettre la preuve teſtimoniale que ne l'étoient les Romains. Pour prévenir cette ſubornation de témoins, l'Ordonnance de Moulins de l'an 1566, *art.* 54, ordonne que de toutes les choſes excédantes la valeur de cent livres, ſoient paſſés contrats par leſquels ſeulement ſera reçue toute preuve deſdites matieres, ſans recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu auxdits contrats.

Cette diſpoſition a été confirmée par l'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 2, qui s'exprime ainſi : » Seront paſſés actes devant Notaires ou ſous ſignature » privée, de toutes choſes excédantes la valeur de cent livres ; & ne ſera re» çue aucune preuve par témoins contre & outre le contenu des actes, encore » qu'il s'agît d'une ſomme moindre de cent livres. »

Dans l'article ſuivant, l'Ordonnance excepte les cas d'accidens imprévus, & les cas auquels il y a un commencement de preuve par écrit.

Il y a auſſi dans le premier article une exception à l'égard de ce qui s'obſerve dans les Juriſdictions des Conſuls.

De ces diſpoſitions de l'Ordonnance, on peut tirer quatre principes généraux, qui décident les cas dans leſquels la preuve teſtimoniale doit être admiſe ou rejettée.

Ces principes ſont, 1°. celui qui a pu ſe procurer une preuve littérale, n'eſt pas admis à faire preuve teſtimoniale, lorſque la choſe excede cent livres, s'il n'a un commencement de preuve par écrit

2°. Lorſqu'il y a un acte par écrit, ceux qui ont été parties ni leurs héritiers & ſucceſſeurs, ne peuvent être admis à la preuve teſtimoniale contre & outre cet acte, quand même la choſe n'excéderoit pas cent livres, s'ils n'ont un commencement de preuve par écrit.

3°. On eſt admis à la preuve teſtimoniale des choſes dont on n'a pu ſe procurer une preuve littérale, à quelques ſommes qu'elles puiſſent monter.

4°. Pareillement, lorſque par un cas fortuit & imprévu, avoué entre les parties, ou prouvé, la preuve littérale a été perdue, on eſt admis à la preuve teſtimoniale, à quelque ſomme que la choſe puiſſe monter.

ARTICLE II.

PREMIER PRINCIPE. *Celui qui a pu ſe procurer une preuve par écrit, n'eſt pas admis à la preuve teſtimoniale, pour les choſes qui excedent cent livres.*

785. L'Ordonnance de Moulins dit : » Ordonnons que de toutes choſes » excédant la ſomme ou valeur de cent livres, pour une fois payer, ſeront » paſſés contrats, *&c.* »

L'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 2, dit : » Seront paſſés actes de toutes » choſes excédant la valeur de cent livres. »

Quoique l'Ordonnance de Moulins n'eût pas dit *de toutes conventions*, mais ſe fût ſervie du terme de *choſes*, qui eſt un terme plus général que celui de *conventions ;* néanmoins les Commentateurs de cette Ordonnance penſoient qu'elle ne renfermoit ſous ſa diſpoſition que les conventions; parce que cette Ordonnance dit, ſeront paſſés *contrats*, & que ce terme de *contrats* ne renferme que les conventions.

L'Ordonnance de 1667 ayant évité de ſe ſervir de ce terme de *contrats*, & ayant dit, *ſeront paſſés actes de toutes choſes*, on ne doit pas douter que ſa diſpoſition renferme non-ſeulement les conventions, mais généralement toutes les choſes dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit. Par exemple, quoique le paiement d'une dette ne ſoit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant en retirer un acte par écrit, c'eſt-à-dire, une quittance, lorſque ce paiement excede cent livres, il n'eſt pas admis à en faire la preuve par témoins.

786. On a douté avant l'Ordonnance de 1667, ſi le dépôt volontaire étoit compris dans la diſpoſition de l'Ordonnance de Moulins, qui ordonne qu'il ſera dreſſé acte de toutes choſes excédant cent livres, & en exclut la preuve teſtimoniale. La raiſon de douter étoit qu'on ne fait pas ordinairement d'acte par écrit des dépôts; que celui qui prie ſon ami de ſe charger de la garde des choſes qu'il lui confie, n'oſe pas ordinairement demander une reconnoiſſance à ce dépoſitaire, qui ne ſe charge de ce dépôt que pour lui faire plaiſir. Nonobſtant ces raiſons, l'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 2, a décidé

que le dépôt volontaire étoit compris dans la regle générale, & que la preuve par témoins n'en devoit pas être admiſe ; parce que celui qui a fait le dépôt, a dû ou ne point faire le dépôt que rien ne l'obligeoit de faire ; ou lorſqu'il l'a fait, en demander une reconnoiſſance au dépoſitaire : faute par lui de le faire, il doit courir les riſques de la foi du dépoſitaire, & il doit s'imputer d'avoir eu trop facilement confiance en lui, s'il lui manque de fidélité.

Quelques Arrêts avant l'Ordonnance de 1667, avoient auſſi admis la preuve par témoins du prêt à uſage, parce que ce prêt, de même que le dépôt, ſe fait ordinairement entre amis, ſans en retirer de reconnoiſſance par écrit. Mais l'Ordonnance de 1667, ayant déclaré que le dépôt volontaire étoit compris dans la loi générale qui exige une preuve par écrit, on doit conclure à plus forte raiſon la même choſe du prêt à uſage, puiſqu'on ſe fie autant à celui à qui on fait un dépôt, qu'à celui à qui on prête ; & celui qui fait un dépôt a encore plus lieu de craindre d'offenſer ſon ami, en lui demandant une reconnoiſſance, que celui qui prête.

787. On a fait auſſi la queſtion, ſi les marchés faits dans les foires & marchés, doivent être compris en la diſpoſition de l'Ordonnance ? La raiſon de douter étoit que ces marchés ſe font ordinairement verbalement ; qu'on n'a pas un Notaire préſent lorſqu'on les fait, pour les rédiger par écrit. Néanmoins on a décidé que ces marchés doivent y être compris ; parce que y ayant aujourd'hui des Notaires établis dans les plus petits lieux, & par conſéquent dans tous les lieux où ſe tiennent les foires, il n'eſt pas trop difficile aux parties lorſqu'elles font un marché à crédit, d'appeller un Notaire pour le rédiger, ſi elles ne ſçavent pas écrire ; c'eſt l'avis de Boiceau, 1, 9.

Obſervez néanmoins qu'à l'égard des marchés qui ſe font de Marchands à Marchands, ſoit dans les foires, ſoit hors des foires, les Juges-Conſuls qui en connoiſſent ne ſont point aſtreints à la diſpoſition de l'Ordonnance, & peuvent ſelon les circonſtances en admettre la preuve par témoins, quoique l'objet excede la ſomme de cent livres. Il paroît par le procès-verbal de l'Ordonnance de 1667, que les Juges-Conſuls s'étoient maintenus dans cet uſage malgré l'Ordonnance de Moulins : celle de 1667 les y maintient expreſſément par ces termes en fin de l'article 2, *ſans rien innover à ce qui s'obſerve en la Juriſdiction des Conſuls.*

788. Lorſqu'une perſonne demande des dommages & intérêts qu'il prétend lui être dus, pour l'inexécution d'une convention verbale, de faire ou de ne pas faire quelque choſe, & qu'il eſt incertain ſi la valeur de ces dommages & intérêts doit monter ou non à une ſomme de cent livres, le demandeur, pour être admis à la preuve teſtimoniale de la convention, dont l'inexécution donne lieu aux dommages & intérêts prétendus, doit reſtreindre ſa demande à une ſomme certaine pour leſdits dommages & intérêts qui n'excede pas celle de cent livres : il doit même la reſtreindre d'abord ; car s'il avoit une fois conclu à une ſomme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédoit cent livres, & que la convention étoit par conſéquent compriſe dans la diſpoſition de l'Ordonnance, il ne ſeroit pas, en ſe reſtreignant par la ſuite, recevable à offrir la preuve teſtimoniale. On peut tirer pour cette déciſion, argument d'un Arrêt du 17 Décembre 1638, rapporté

par Bardet, VII, 46, dans l'eſpece duquel un Tailleur qui avoit demandé une ſomme de deux cens livres à une veuve pour fournitures d'habits à ſon mari, fut exclus de la preuve teſtimoniale qu'il offroit de faire, que cette veuve avoit répondu de la dette, quoiqu'il ſe reſtreignît à cent livres.

789. Je vous demande ſoixante livres reſtant du prix d'une choſe que je prétends vous avoir vendue pour le prix de deux cens livres : vous niez avoir rien acheté de moi, dois-je être admis à la preuve par témoins de cette vente ? Boiceau, 1, 18, décide pour l'affirmative. Il cite des Loix qui ne me paroiſſent pas avoir d'application. Il eſt bien vrai que lorſqu'il s'agit de décider de la compétence d'un Juge qui ne peut juger que juſqu'à une certaine ſomme, *quantùm petatur quærendum eſt, non quantùm debeatur ;* L. 19, §. 1, ff. *de juriſdict. ;* parce que le Juge ne juge que de ce qui eſt demandé. Mais dans cette eſpece-ci, pour ſçavoir ſi la preuve de la convention doit être permiſe au demandeur, il faut ſçavoir ſi c'eſt une convention dont l'Ordonnance l'obligeoit de faire dreſſer un acte par écrit; or, cela ſe décide par ce qui faiſoit l'objet de la convention qui excédoit cent livres, & non par ce qui en reſte dû ; il ne peut donc pas être admis à la prouver par témoins, quoiqu'il ne reſte dû que ſoixante livres. C'eſt l'avis du Commentateur ſur Boiceau.

Par la même raiſon, ſi comme héritier pour un quart de mon pere, je vous demande 50 livres pour le quart d'une ſomme de 200 livres que je prétends vous avoir été prêtée par mon pere, je ne ſerai pas admis à la preuve par témoins du prêt.

790. Mais ſi dans l'un & l'autre cas, le demandeur offroit la preuve teſtimoniale, non de la vente faite pour le prix de deux cents livres, non du prêt de deux cents livres fait par le défunt, mais de la promeſſe que lui auroit faite le défendeur de lui payer les ſoixante livres qui reſtoient dûs du prix de cette vente, ou les cinquante livres qui lui étoient dues pour ſon quart, je penſe qu'il devroit être reçu à la preuve ; car cette promeſſe eſt une nouvelle convention confirmative de la premiere, & l'objet de cette nouvelle convention n'excédant pas cent livres, rien n'empêche que la preuve teſtimoniale en puiſſe être admiſe.

791. Lorſque pluſieurs créances n'excedent pas chacune la ſomme de cent livres, mais toutes enſemble l'excedent, la preuve par témoins de toutes ces créances eſt-elle recevable ? Il ſembleroit qu'elle le devroit être ; car l'Ordonnance n'ayant ordonné de dreſſer des actes que des choſes qui excedent la ſomme de cent livres, il ſemble qu'on ne peut imputer au demandeur de ne s'en être pas procuré une preuve par écrit, & que la preuve teſtimoniale n'en peut être refuſée. Néanmoins l'Ordonnance de 1667, *art.* 5, décide qu'elle doit être refuſée ; car l'eſprit de l'Ordonnance en défendant cette preuve, ayant été que les particuliers ne fuſſent pas expoſés aux riſques de la ſubornation de témoins pour des ſommes conſidérables, & excédantes cent livres, qui leur ſeroient demandées par des fripons, elle doit être refuſée, ſoit que cette ſomme ſoit prétendue pour une ſeule, ou pour pluſieurs cauſes ; étant auſſi facile de ſuborner des témoins qui dépoſent de pluſieurs fauſſes créances, comme d'en ſuborner qui dépoſent d'une ſeule. A l'égard de l'objection, la

réponſe

réponſe eſt que le créancier n'eſt pas obligé de ſe procurer une preuve littérale tant que ſes créances n'excedent pas cent livres ; mais lorſqu'à celles qui n'excedent pas cette ſomme, il en ajoute une nouvelle qui fait monter le total de toutes ſes créances à plus de cent livres, il doit en faire dreſſer un acte.

L'Ordonnance apporte une exception ; ſçavoir, lorſque les créances ou droits procedent de perſonnes différentes. C'eſt pourquoi je puis être reçu à la preuve d'un prêt de ſoixante livres que je vous demande de mon chef, & d'un autre de quatre-vingt livres que je vous demande comme héritier de mon pere, par qui je prétends que cette ſomme vous a été prêtée, quoique ces ſommes excedent cent livres.

ARTICLE III.

SECOND PRINCIPE. *Que la preuve teſtimoniale n'eſt pas admiſe contre un écrit, ni outre ce qui y eſt contenu.*

792. La preuve littérale l'emporte dans notre Droit ſur la teſtimoniale. C'eſt pourquoi l'Ordonnance défend d'admettre la preuve teſtimoniale, contre ce qui eſt contenu dans un écrit.

Par exemple, ſi j'ai fait mon billet par lequel j'ai reconnu devoir à quelqu'un ſoixante-ſix livres qu'il m'a prêtées, que je promets lui rendre dans deux ans, je ne ſerai pas reçu à prouver par témoins que je n'en ai reçu que ſoixante, & que le ſurplus étoit pour des intérêts qu'il m'a fait comprendre dans mon billet ; car cette preuve ſeroit contraire à ce qui eſt contenu dans un écrit : je dois m'imputer d'avoir fait ou écrit ce billet.

793. L'Ordonnance ne ſe contente pas d'exclure la preuve par témoins de ce qui ſeroit directement contraire à un acte ; elle ne permet pas de l'admettre *outre* le contenu des actes, ni ſur ce qui ſeroit allégué avoir été dit *lors*, *avant*, ou *depuis*. Car puiſqu'on avoit dreſſé un acte, la partie doit s'imputer de n'y avoir pas fait alors exprimer ce qu'elle allegue aujourd'hui.

Par exemple, le débiteur ne ſera pas reçu à prouver par témoins qu'il lui a été accordé un certain terme pour le paiement, s'il n'en eſt rien exprimé dans l'acte ; aucune des parties ne ſera reçue à prouver qu'on eſt convenu d'un certain lieu pour le paiement, ſi l'acte n'en porte rien.

A plus forte raiſon, le créancier ne ſera pas admis à prouver par témoins, qu'il lui eſt dû plus que ce qui eſt porté par l'acte.

794. Ce ſeroit vouloir prouver quelque choſe outre le contenu d'un acte, que de demander à prouver ce qui eſt contenu dans une apoſtille ou renvoi non ſigné, ni au moins paraphé des parties, quoiqu'écrit de la main du Notaire ; car ces apoſtilles ou renvois non ſignés ni au moins paraphés, ne peuvent être cenſés faire partie de l'acte. *Putà*, ſi en marge d'un bail à ferme par lequel le preneur s'oblige de payer ſix cents livres de ferme par chaque année, il y avoit un renvoi en marge, *plus ſix chapons*, le bailleur ne ſeroit pas reçu à prouver par témoins que le preneur eſt convenu de lui payer leſdits chapons ; *Dauty*, 11, 4, *in fin.*

Quid ; ſi le renvoi étoit écrit de la main du preneur ? *Voyez* ſuprà, *n.* 762.

795. Lorſqu'il y a un acte par écrit d'un marché, & qu'on n'y a pas exprimé le temps & le lieu où il a été fait, peut-on être admis à la preuve teſtimoniale du temps & du lieu ? Par exemple, lorſqu'un débiteur demande à être admis au bénéfice de ceſſion, le créancier, pour l'en faire débouter, peut-il être admis à prouver par témoins que le marché qui fait la cauſe de ſa créance, & dont il y a un acte par écrit, a été fait en foire, quoique cela ne ſoit pas exprimé par l'acte ? *Danty*, 1, 9, *in fine*, décide qu'il peut être admis à cette preuve, & que cette preuve du lieu où le marché s'eſt fait, n'eſt pas une preuve outre le contenu de l'acte ; le lieu & le temps auquel un marché eſt fait, n'étant que des circonſtances extérieures de la convention, & ne faiſant pas partie de la convention contenue dans l'acte. Cette déciſion ſouffre difficulté.

796. Toute preuve teſtimoniale étant interdite outre le contenu d'un acte, une partie ne ſeroit pas recevable à faire entendre les témoins qui ont aſſiſté à l'acte, ni même les Notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y eſt contenu, & dépoſer de ce dont on eſt convenu lors de ſa confection ; *Domat*, *p.* 1, *l.* 3, *t.* 6, *ſect.* 2, *n.* 7.

797. Cette défenſe de la preuve teſtimoniale contre & outre le contenu aux actes, a lieu indiſtinctement, quand même la choſe ſeroit au-deſſous de la valeur de cent livres. L'Ordonnance de 1667, *t.* 20, *art.* 2, s'en explique formellement.

798. Celui qui eſt débiteur d'une ſomme moindre de cent livres par un acte, peut-il être reçu à prouver par témoins le paiement de cette dette, ou de partie ? Il ſemble qu'il doit être admis, & que la diſpoſition de l'Ordonnance qui défend la preuve par témoins contre & outre le contenu aux actes, ne reçoit ici aucune application ; car le débiteur en demandant à prouver ce paiement, ne demande pas à prouver rien qui ſoit contre l'acte qui renferme ſon obligation ; il n'attaque point cet acte, il convient de tout ce qui y eſt contenu : ce n'eſt donc point une preuve *contre* l'acte qu'il demande à faire, de laquelle on puiſſe dire que l'Ordonnance l'a exclus. Cependant je vois que dans l'uſage, ſoit par une mauvaiſe interprétation qu'on a donnée à l'Ordonnance, ſoit pour quelque autre raiſon, on refuſe la preuve teſtimoniale des paiemens d'une dette, dont il y a un acte par écrit.

799. Obſervez que l'Ordonnance n'exclut la preuve par témoins contre le contenu aux actes, que parce qu'il a été au pouvoir des parties de ſe procurer une preuve par écrit par des contre-lettres. Mais ſi une partie alléguoit contre un acte, des faits de violence exercés contre elle, pour la contraindre à paſſer l'acte, des faits de dol par laquelle elle prétendroit qu'on auroit ſurpris ſon conſentement ou ſa ſignature, & autres faits ſemblables : comme il n'a pas été en ſon pouvoir d'avoir une preuve par écrit de ces faits, il n'y a pas de doute qu'elle doit être admiſe à les prouver par témoins, quoique ce ſoit par la voie civile qu'elle ſe ſoit pourvue contre l'acte.

A plus forte raiſon, lorſqu'il y a lieu de ſe pourvoir par la voie criminelle, comme lorſqu'on allegue qu'un acte renferme quelqu'une de ces uſures énormes, qui méritent d'être pourſuivies extraordinairement.

800. Il reſte à obſerver que la défenſe de la preuve teſtimoniale contre & outre le contenu aux actes, ne regarde que les perſonnes qui y ont été parties,

qui doivent s'imputer d'y avoir laiſſé comprendre ce qui y eſt compris, & de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis quelque choſe de ce qui devoit y être compris ; mais cette défenſe ne peut concerner les tiers en fraude deſquels on pourroit énoncer dans ces actes des choſes contraires à la vérité de ce qui s'eſt paſſé ; car rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuſer la preuve teſtimoniale de la fraude qui leur eſt faite, n'ayant pas été en leur pouvoir d'en avoir une autre.

C'eſt pourquoi, un Seigneur peut être reçu à prouver par témoins contre un contrat de vente, que l'héritage a été vendu pour un prix plus conſidérable que n'eſt celui qui a été exprimé, dans la vue de diminuer les profits qui lui ſont dûs. *Vice verſâ*, un lignager ſera admis à prouver par témoins que l'héritage a été vendu pour un prix moins conſidérable que celui qui a été exprimé, & groſſi en fraude du droit de retrait. On peut apporter beaucoup d'autres exemples de ces fraudes.

ARTICLE IV.

Du commencement de preuve par écrit.

801. Un premier genre de commencement de preuve par écrit, eſt lorſqu'on a contre quelqu'un par un écrit authentique où il étoit partie, ou par un écrit privé, écrit ou ſigné de ſa main, la preuve non à la vérité du fait total qu'on a avancé, mais de quelque choſe qui y conduit ou en fait partie.

Il eſt laiſſé à l'arbitrage du Juge, de juger du degré de commencement de preuve par écrit, pour ſur ce degré de preuve, permettre la preuve teſtimoniale.

Boiceau rapporte pluſieurs exemples de ce commencement de preuve par écrit. Premier exemple, vous m'aſſignez pour délaiſſer un héritage dont je ſuis en poſſeſſion ; j'excipe que vous me l'avez vendu, & que je vous ai payé le prix ; je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit ſigné de vous, par lequel vous m'avez promis de me le vendre pour un certain prix. Cet acte ne prouve pas la vente, ni encore moins le paiement du prix ; mais cet acte, joint à la poſſeſſion en laquelle je me trouve de l'héritage, forme, ſuivant cet auteur, un commencement de preuve ſuffiſant, pour m'admettre à la preuve teſtimoniale de la vente ; Boiceau, 11, 10.

Danty *ibidem*, obſerve que cette déciſion doit ſouffrir exception, dans le cas auquel la promeſſe de vendre porteroit qu'il ſeroit paſſé contrat de vente devant Notaire ; car les parties ayant déclaré que leur volonté étoit qu'il fût paſſé un acte devant Notaires, on ne doit pas croire que la vente ſe ſoit enſuivie, s'il n'en paroît un acte devant Notaires.

Je penſe que même dans le cas auquel la promeſſe de vendre, ne porteroit pas qu'il ſeroit paſſé contrat devant Notaires, le Juge devroit être très-réſervé à la regarder comme un commencement de preuve teſtimoniale de la vente ; & qu'il ne devroit pas l'admettre ſi l'héritage étoit un peu conſidérable ; n'étant pas préſumable qu'on vende un héritage un peu conſidérable verbalement, & ſans en faire un acte.

Second exemple : je vous demande cinquante écus pour le prix de certaines

marchandiſes que je vous ai vendues & livrées; je n'ai d'autre preuve que votre billet qui porte : *Je promets payer à un tel la ſomme de* 150 *livres, pour le prix de telles marchandiſes qu'il me livrera :* ce n'eſt pas une preuve complette de ma créance, puiſque ce billet ne prouve pas que j'aie livré les marchandiſes ; mais c'eſt un commencement de preuve, qui doit faire admettre la preuve teſtimoniale de la livraiſon ; Boiceau, *ibid.* Danty.

Troiſieme exemple : vous m'avez paſſé une procuration *ad reſignandum* de votre office. Avant que j'aie obtenu des proviſions, vous la révoquez : je ſoutiens que vous m'avez vendu cet office, pour la ſomme de tant que je vous ai payée; & qu'en conſéquence vous ne pouvez révoquer votre procuration, qu'en me rendant ce prix : je n'ai d'autre preuve écrite de tout ce que j'avance, que la procuration *ad reſignandum* que vous m'avez paſſée. Cette procuration ne forme pas une preuve de la vente, ni encore moins de la numération du prix ; mais c'eſt la preuve d'un fait qui y a rapport, & qui peut paſſer par conſéquent pour un commencement de preuve, qui doit me faire admettre à la preuve teſtimoniale de la vente & de la numération du prix. C'eſt l'avis de Loiſeau en ſon Traité des Offices, I, 11, 61, cité par *Danty* 11, 1, 14.

802. Quatrieme exemple : vous m'avez écrit une lettre par laquelle vous me priez de compter à votre fils, porteur de la lettre, une ſomme de 150 liv. dont il a beſoin pour ſes études : je vous aſſigne pour me la rendre : j'ai omis de tirer un reçu de votre fils, mais j'ai votre lettre qu'il m'a remiſe ; cette lettre dont je ſuis porteur, ne fait pas une preuve entiere que j'ai compté cette ſomme ſuivant votre ordre ; mais c'eſt un commencement de preuve par écrit qui me doit faire admettre à la preuve par témoins.

Si celui à qui la lettre étoit écrite, n'ayant pas voulu compter la ſomme, votre fils ſe fût adreſſé à un autre à qui il auroit remis la lettre & qui lui auroit compté la ſomme, cette lettre, dont ce tiers à qui elle n'a pas été écrite, ſeroit porteur, feroit une moindre preuve que dans l'eſpece précédente ; néanmoins Danty, 11, 2, 11, la juge même dans ce cas ſuffiſante pour faire admettre ce tiers à la preuve par témoins.

Si la perſonne à qui je vous ai écrit de compter cette ſomme, étoit une perſonne contre qui j'en duſſe avoir la répétition; faute par vous d'en avoir tiré le reçu, vous ne ſerez pas admis à la preuve teſtimoniale contre moi : car en vous accordant que vous l'avez comptée, vous ne pouvez me la demander, faute d'avoir retiré le reçu qui m'eſt néceſſaire pour la répéter.

803. Si j'ai prêté à un mineur une ſomme d'argent dont je lui demande le paiement, prétendant qu'elle a tourné à ſon profit, le billet que j'ai de lui qui conſtate le prêt, ne doit pas être regardé comme un commencement de preuve ſuffiſant pour me faire admettre à la preuve par témoins que le mineur a employé utilement la ſomme; car ce ſeroit donner facilité aux uſuriers de prêter de l'argent aux mineurs, & de le répéter en ſuppoſant de faux témoins qui dépoſeroient de l'emploi ; *Danty*, 11, 4, 3.

804. Un ſecond genre de commencement de preuve par écrit, eſt lorſque j'ai contre quelqu'un par un écrit authentique où il étoit partie, ou par un écrit privé ſigné de lui, la preuve qu'il eſt mon débiteur, ſans avoir la preuve de la ſomme; c'eſt un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins, de la ſomme.

Premier exemple : Je vous demande le paiement d'une ſomme de cent écus ; j'ai votre billet qui porte : *Je promets payer à un tel la ſomme de cent .... qu'il m'a prêtée ;* le mot d'*écus* a été omis dans le billet ; vous prétendez ne m'avoir emprunté que cent ſols que vous m'offrez ; votre billet eſt un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve teſtimoniale du prêt de cent écus.

Nota, que faute de la faire, je ne pourrois demander que cent ſols, ſuivant la regle, *ſemper in obſcuris quod minimum eſt ſequimur.* Obſervez auſſi que pour que je ſois admis à la preuve teſtimoniale, il faut qu'il y ait de la vraiſemblance dans la ſomme que je prétends vous avoir prêtée ; c'eſt pourquoi, dans l'eſpece propoſée je ne ſerois pas admis à prouver par témoins que je vous ai prêté une ſomme de cent mille livres.

Autre exemple de commencement de preuve par écrit : je vous demande cent piſtoles que je prétends vous avoir données en dépôt : je n'ai point d'acte de ce dépôt ; mais j'ai votre billet par lequel vous vous reconnoiſſez mon débiteur, ſans exprimer de quelle ſomme, par ces termes, *je vous ſatisferai ſur ce que vous ſçavez ;* cette lettre ne contient pas la preuve du dépôt de cent piſtoles, mais elle prouve que vous êtes mon débiteur ; ce qui eſt un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve teſtimoniale ; *Arrêt rapporté par Chaſſanée, & cité par Danty*, II, I, 14.

805. Les écritures privées qui ne ſont pas ſignées, forment contre celui qui les a écrites, un troiſieme genre de commencement de preuve par écrit de ce qu'elles contiennent. Par exemple, je demande à quelqu'un trente piſtoles que je prétends lui avoir prêtées ; je rapporte un billet par lequel il reconnoît le prêt, lequel eſt écrit de ſa main & daté, mais n'eſt pas ſigné. Ce billet ne ſuffit pas pour juſtifier le prêt ; mais il peut, ſuivant les circonſtances, former un commencement de preve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins.

A plus forte raiſon la quittance écrite de la main du créancier, quoique non-ſignée, dont le débiteur eſt en poſſeſſion, eſt un commencement de preuve par écrit du paiement, qui doit faire admettre le débiteur à la preuve teſtimoniale, la preuve de la libération étant encore plus favorable ; *Danty*, II, I, 7.

Obſervez néanmoins que pour qu'une quittance non-ſignée faſſe un commencement de preuve par écrit du paiement d'une dette, il faut que la dette en acquit de laquelle le paiement eſt fait, y ſoit exprimée ; un reçu vague non-ſigné ne fait aucun commencement de preuve par écrit ; *Danty, ibid.*

En certains cas, même la quittance non-ſignée peut faire preuve entiere, comme lorſqu'elle eſt écrite ſur le livre-journal du créancier, ou au dos de la promeſſe.

806. Suivant les principes que nous venons d'expoſer, le commencement de preuve par écrit doit réſulter, ou d'un acte public où celui contre qui on veut faire la preuve ait été partie, ou d'un acte privé, ſigné de lui, ou du moins écrit de ſa main.

L'acte écrit par celui qui demande à faire preuve, ne peut pas lui ſervir de commencement de preuve, parce qu'on ne peut pas ſe faire de titres à ſoi-même.

Il faut néanmoins excepter de cette déciſion les livres des Marchands, leſquels lorſqu'ils ſont en regle, font un commencement de preuve en faveur de ceux qui les ont écrits, comme nous l'avons obſervé ci deſſus, *ch.* 1, *art.* 2, §. 4.

807. L'écrit d'un tiers ne peut pas faire le commencement de preuve par écrit que demande l'Ordonnance; car ce tiers n'eſt que comme un témoin; & ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoller qu'à une preuve teſtimoniale. De-là naît la déciſion de la queſtion, ſi la reconnoiſſance qu'une veuve a faite par ſon inventaire d'une dette de communauté, doit être regardée comme un commencement de preuve par écrit contre les héritiers de ſon mari? Je ne le penſe pas; car la veuve ne peut être regardée que comme un témoin vis-à-vis des héritiers du mari, pour la part qui leur eſt demandée; & par conſéquent la reconnoiſſance qu'elle fait par l'inventaire, n'équipolle vis-à-vis des héritiers, qu'à une dépoſition de témoins, & ne paroît pas devoir former contre eux un commencement de preuve par écrit. Néanmoins *Vrevin ſur l'art.* 54 *de l'Ordonnance de Moulins*, rapporte un Arrêt qui, en conſéquence d'une pareille reconnoiſſance de la veuve, a admis à la preuve par témoins contre les héritiers; mais cet Arrêt a été rendu dans un temps auquel les eſprits n'étoient pas encore bien accoutumés à la diſpoſition de l'Ordonnance de Moulins qui étoit regardée alors comme une loi qui, étant contraire au droit commun, ne pouvoit être trop reſtreinte.

Il en eſt de même de la reconnoiſſance que l'un des héritiers feroit de la dette du défunt, elle ne ſert pas de commencement de preuve contre ſes cohéritiers.

808. De-là naît encore la déciſion de la queſtion, ſi un acte reçu par un Notaire incompétent, fait un commencement de preuve par écrit de ce qui y eſt contenu, contre les parties qui ſont dites par cet acte avoir contracté, lorſque cet acte n'eſt pas ſigné par les parties qui ne ſçavoient pas ſigner? Je ne le penſe pas; car ce Notaire incompétent, étant perſonne privée dans le lieu où il a inſtrumenté, ſon acte ne peut équipoller qu'à une dépoſition de témoin, lorſque les parties ne l'ont pas ſouſcrit. Si les parties l'avoient ſouſcrit, il vaudroit comme écriture privée, ſuivant que nous l'avons dit *ſuprà*.

Je penſe qu'il faut dire la même choſe lorſque l'acte peche dans ſa forme par le défaut de quelque formalité; comme ſi le Notaire l'a reçu ſans ſe faire aſſiſter de témoins: car le Notaire ne s'étant pas comporté comme perſonne publique, ſon acte ne peut paſſer pour l'atteſtation d'une perſonne publique, & il n'équipolle qu'à une ſimple dépoſition de témoin, *ſuprà*, *n.* 774, *in fin.*

ARTICLE V.

TROISIEME PRINCIPE. *Celui qui n'a pas pu ſe procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve teſtimoniale.*

809. L'Ordonnance de Moulins, confirmée par celle de 1667, en ordonnant qu'il ſeroit dreſſé des Actes, n'a pas entendu exiger l'impoſſible, ni même exiger des choſes trop difficiles, & qui géneroient & empêcheroient le commerce; c'eſt pourquoi elle n'a interdit la preuve teſtimoniale qu'à ceux qui ont pu s'en procurer facilement une littérale.

Toutes les fois donc qu'il n'a pas été au pouvoir du créancier de ſe procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, la preuve teſtimoniale du fait qui l'a produite, ne peut lui être refuſée, à quelque ſomme que puiſſe monter l'objet de cette obligation.

810. Suivant ce principe, la preuve teſtimoniale des délits & quaſi-délits ne peut jamais être refuſée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque ſomme que puiſſe monter la réparation par lui prétendue, car il eſt évident qu'il n'a pu être en ſon pouvoir de s'en procurer une autre preuve.

811. Par la même raiſon, chacun eſt admis à la preuve teſtimoniale des fraudes qu'on lui a faites. Par exemple, on doit permettre la preuve par témoins des pactions ſecretes pour faire paſſer les biens d'un défunt à une perſonne prohibée, en fraude de ſes héritiers; car il eſt évident qu'il n'eſt pas au pouvoir des héritiers d'avoir la preuve par écrit de cette fraude.

812. Il en eſt de même de l'obligation qui naît d'un quaſi-contrat : comme cette obligation ſe contracte ſans le fait de celui envers qui elle eſt contractée, & qu'il n'a pas été en ſon pouvoir de s'en procurer une preuve littérale, on ne peut lui refuſer la preuve teſtimoniale du fait qui l'a produite.

Par exemple, ſi quelqu'un pendant mon abſence a fait valoir mes terres, a fait la moiſſon, les vendanges, a vendu les bleds & les vins qui en ſont provenus, il doit me rendre compte de cette adminiſtration. S'il diſconvient de cette adminiſtration, la preuve teſtimoniale ne m'en peut être refuſée; car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve.

813. Il y a auſſi certaines conventions qui ſe font en de certaines circonſtances, qui ne permettent gueres qu'on en puiſſe faire un acte par écrit, lorſqu'elles interviennent, & dont en conſéquence l'Ordonnance de 1667 a permis la preuve teſtimoniale, à quelque ſomme que ſe monte ce qui en fait l'objet.

Tels ſont les dépôts néceſſaires en cas d'incendie, ruine, tumulte, naufrage. L'Ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 3, les excepte expreſſément de la diſpoſition qui exclut la preuve par témoins, au-delà de cent livres.

Par exemple, ſi dans l'accident d'un incendie, ou de la ruine d'une maiſon qui vient à écrouler, celui qui l'habite dépoſe avec précipitation chez ſes voiſins, les meubles qu'il a ſauvés des flammes ou de la ruine, & que ſes voiſins diſconviennent du dépôt, il ſera admis à la preuve par témoins des choſes qu'il leur a confiées, à quelque ſomme que puiſſe en monter la valeur. Car la précipitation avec laquelle il a été obligé de faire ce dépôt, ne lui a pas permis de s'en procurer une preuve par écrit.

Il en eſt de même lorſque dans le temps d'une émeute ou d'une incurſion d'ennemis, je détourne par une porte de derriere mes meubles que je confie au premier venu pour les ſauver du pillage des ennemis ou des ſéditieux prêts à entrer dans ma maiſon; ou lorſqu'un vaiſſeau étant échoué ſur le rivage, je confie mes marchandiſes, à la hâte, à ceux qui ſe préſentent: en tous ces cas il eſt évident qu'on n'a pas pu ſe procurer une preuve par écrit de ces dépôts: c'eſt pour cela que l'Ordonnance de 1667 en permet la preuve par témoins.

814. Par une raiſon ſemblable, la même Ordonnance au même titre, *art.* 4, permet la preuve par témoins des dépôts faits par les voyageurs aux hôtes & hôteſſes des hôtelleries où ils logent; car on ne dreſſe point d'actes par écrit de

ces dépôts ; un hôte n'auroit pas le loiſir de faire inventaire de toutes les choſes que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours & à tous momens chez lui.

ARTICLE VI.

QUATRIEME PRINCIPE. *Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale, doit être admis à la preuve teſtimoniale.*

815. La même raiſon qui oblige à admettre à la preuve teſtimoniale, celui qui n'a pu s'en procurer une littérale, oblige auſſi à y admettre celui qui, par un cas fortuit & imprévu, a perdu le titre qui lui ſervoit de preuve littérale.

Par exemple, ſi dans l'incendie ou dans le pillage de ma maiſon, j'ai perdu mes papiers, parmi leſquels étoient des billets de mes débiteurs à qui j'avois prêté de l'argent, ou des quittances des ſommes que j'avois payées à mes créanciers, à quelque ſomme que puiſſent monter ces billets & ces quittances, je dois être admis à la preuve par témoins des ſommes que j'ai prêtées, ou que j'ai payées, parce que c'eſt par un cas fortuit & imprévu, & ſans ma faute, que j'ai perdu les billets & les quittances qui formoient la preuve littérale.

Je puis faire cette preuve par témoins, qui dépoſeront avoir vu entre mes mains, avant l'incendie, les billets de mes débiteurs, ou les quittances de mes créanciers dont ils connoiſſent l'écriture, & ſe ſouvenir de la teneur; ou qui dépoſeront avoir quelque connoiſſance de la dette ou du paiement.

Mais pour que le Juge puiſſe admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte des titres qui formoient la preuve littérale, ſoit conſtant. Par exemple, dans l'eſpece ci-deſſus propoſée, il faut qu'il ſoit avoué entre les parties, que ma maiſon a été incendiée ou pillée, ou que je ſois en état de le prouver, pour que je puiſſe être admis à la preuve teſtimoniale des prêts d'argent, ou des paiements dont je prétends avoir perdu les billets, ou les quittances, dans l'incendie ou le pillage de ma maiſon.

Si celui qui demande à être reçu à la preuve teſtimoniale, allégue ſeulement qu'il a perdu ſes titres, ſans qu'il y ait aucun fait de force majeure conſtaté, par lequel il les ait perdus, il ne peut être reçu à la preuve teſtimoniale que ces titres ont exiſté; autrement l'Ordonnance qui défend la preuve par témoins, pour prévenir la ſubornation des témoins, deviendroit illuſoire; car il ne ſeroit pas plus difficile à quelqu'un qui voudroit faire la preuve par témoins de quelque prêt ou de quelque paiement qu'il n'auroit pas fait, de ſuborner des témoins qui diroient qu'ils ont vu entre ſes mains des obligations ou des quittances, comme d'en ſuborner qui diroient qu'ils ont vu compter l'argent.

ARTICLE VII.

Comment ſe fait la preuve teſtimoniale.

816. Lorſqu'un créancier demande à faire preuve de l'obligation qu'il prétend que l'autre partie a contractée envers lui; & pareillement lorſqu'un débiteur offre la preuve du paiement qu'il prétend avoir fait de la ſomme qui lui

eſt

eſt demandée : ſi ſuivant les principes établis dans les articles précédens, la preuve eſt admiſſible, le Juge rend une ſentence interlocutoire par laquelle il permet à la partie de faire la preuve teſtimoniale qu'elle a offert de faire, ſauf à l'autre partie à faire la preuve du contraire.

Cette Sentence s'appelle un appointement à faire enquêtes. En exécution de cette Sentence, les parties doivent dans le temps, & ſelon les formes preſcrites par l'Ordonnance de 1667, *tit.* 22, produire & faire entendre, par le Juge ou Commiſſaire, les témoins, & il eſt dreſſé un acte de leur dépoſition qu'on appelle *Enquête.*

817. Pour que l'enquête contienne une preuve teſtimoniale du fait que la partie s'eſt chargée de prouver, il faut qu'il ſoit atteſté par les dépoſitions de deux témoins au moins, dont les dépoſitions ſoient valables.

Le témoignage d'un ſeul témoin ne peut faire une preuve, quelque digne de foi qu'il ſoit, & en quelque dignité qu'il ſoit conſtitué, *etiamſi præclaræ curiæ honore præfulgeat ;* L. 9, *Cod. de teſtib.* Mais un témoin unique fait une ſemi-preuve, laquelle étant ſoutenue du ſerment, peut quelquefois dans des matieres très-légeres compléter la preuve.

C'eſt ſur ce principe que notre Coutume d'Orléans, *art.* 156, décide que, lorſque quelqu'un a laiſſé paître ſes bêtes dans l'héritage d'autrui, & qu'elles y ont fait dommage, la preuve de l'obligation réſultante de ce dommage peut ſe faire par un témoin & le ſerment du demandeur, pourvu qu'il ne prétende pas plus de vingt ſols, ſi le dommage a été fait de jour ; & de quarante ſols, ſi le dommage a été fait de nuit ; *Voyez* les articles 160 & 161.

Lorſqu'une perſonne prétend avoir deux différentes créances à la preuve deſquelles il a été admis, il faut qu'il prouve chaque créance, par la dépoſition de deux témoins : s'il avoit fait entendre deux témoins, dont l'un en atteſtât une, & l'autre atteſtât l'autre, chacune n'étant atteſtée que par un témoin unique, il n'auroit fait la preuve d'aucune.

Il en ſeroit de même ſi un débiteur avoit été admis à la preuve de différens paiemens ; il faudroit que chaque paiement fût prouvé par deux témoins.

Quid ; ſi j'ai été admis à la preuve d'une ſeule créance, & que pour la prouver j'aie fait entendre pluſieurs témoins, qui dépoſent chacun de faits différens juſtificatifs de cette créance, & que chacun deſdits faits ne ſoit atteſté que par un témoin unique ; la réunion de tous ces temoins ſinguliers de chaque fait formera-t-elle une preuve complette de la créance ? Par exemple, ſi j'ai été admis à prouver que je vous ai prêté dix piſtoles, qu'un témoin dépoſe avoir été préſent au prêt & m'avoir vu vous compter l'argent, qu'un ſecond dépoſe vous avoir entendu me faire l'aveu de la dette ; ces deux témoins ſinguliers de chaque fait formeront-ils une preuve du prêt ? *Cravett. de antiq. temporum, au* 17e. *Tom. de Tractat. p.* 175, *n.* 15, *& ſeqq.* décide pour l'affirmative. La raiſon eſt, que l'aveu que vous m'avez fait du prêt, ſuppoſant le prêt ; la dépoſition du ſecond témoin conſpire avec le premier pour atteſter le prêt. Ils dépoſent l'un & l'autre avoir connoiſſance du prêt ; le prêt qui eſt l'unique fait à la preuve duquel j'ai été admis, ſe trouve donc atteſté par deux témoins, & par conſéquent pleinement prouvé.

Il en ſeroit de même ſi aucun des témoins n'avoit été préſent au prêt, & que

le premier témoin déposât d'un aveu que vous m'avez fait de ce prêt en ſa préſence dans un certain temps, & le ſecond d'un autre aveu que vous m'en avez fait en ſa préſence dans un autre temps, le prêt ſeroit pleinement prouvé par les dépoſitions des deux témoins; car ils ſe réuniſſent l'un & l'autre à dépoſer qu'ils ont connoiſſance de ce prêt; le temps dans lequel vous en avez fait l'aveu, étant indifférent pour la foi qu'il doit faire du prêt, il doit être indifférent qu'ils dépoſent d'un aveu fait dans le même temps, ou qu'ils dépoſent de différens aveux faits en différens temps; il ſuffit qu'ils dépoſent l'un & l'autre qu'ils ont connoiſſance du prêt; il eſt indifférent de quelle maniere ils ont eu cette connoiſſance; il eſt indifférent que ce ſoit un même aveu fait en leur préſence, ou différens aveux faits en la préſence de chacun d'eux, qui leur aient procuré cette connoiſſance.

818. Quoique deux témoins ſuffiſent pour faire la preuve d'un fait, néanmoins comme la partie qui a été admiſe à la preuve n'eſt pas aſſurée de ce que les témoins dépoſeront, elle en peut faire entendre juſqu'à dix ſur un même fait; l'audition de ceux qu'elle auroit fait entendre au-delà de ce nombre, ne doit pas paſſer dans la taxe des dépens qui lui auroient été adjugés; *Ordonn. de* 1667, *t.* 22, *art.* 21.

819. Pour qu'une dépoſition ſoit valable, il faut, 1°. qu'elle ne peche pas dans la forme; autrement elle eſt déclarée nulle, & le Juge n'y a aucun égard. *Voyez* ſur ces formes, l'Ordonnance de 1667, *t.* 22.

Obſervez que lorſque la dépoſition du témoin a été déclarée nulle par le fait du Juge qui a manqué à quelqu'une des formes preſcrites pour l'audition des témoins, la partie qui a produit ce témoin eſt admiſe à le faire entendre de nouveau, *T.* 22, *art.* 36; mais lorſque la nullité procede de la partie qui a manqué à quelqu'une des procédures preſcrites pour la confection des enquêtes, elle ne peut plus le faire entendre.

Pour qu'une dépoſition ſoit valable, il faut, 2°. qn'elle n'ait pas été rejettée pour quelque cauſe de reproche contre la perſonne du témoin. Nous verrons en l'article ſuivant quelles ſont les cauſes de reproche.

820. Pour qu'une dépoſition ſoit valable, il faut, 3°. qu'elle ne contienne rien en elle-même qui en faſſe ſuſpecter la ſincérité. C'eſt pourquoi une dépoſition doit être rejettée, lorſqu'elle contient des contradictions ou des choſes hors de vraiſemblance.

Il faut ſur-tout, pour qu'une dépoſition ſoit valable, que le témoin qui dit avoir connoiſſance du fait, explique comment il a cette connoiſſance; L. 4, *Cod. de Teſt. Barth. ad d. l.* Par exemple, ſi je veux prouver que vous m'avez vendu une telle choſe, il ne ſuffit pas que le témoin diſe en termes vagues, qu'il a connoiſſance que vous m'avez vendu cette choſe; il faut qu'il explique comment il a cette connoiſſance, en diſant, par exemple, qu'il étoit préſent au marché, ou en diſant qu'il vous a entendu dire que vous m'avez fait cette vente; s'il diſoit qu'il le ſçait pour l'avoir entendu dire à un tiers, ſa dépoſition ne feroit pas de preuve.

821. La preuve qu'une partie a faite par la dépoſition de deux ou pluſieurs témoins qui ont atteſté le fait par elle avancé, n'eſt valable qu'autant qu'elle ne ſe trouve pas détruite par l'enquête de l'autre partie, qui, de ſon côté, a

produit des témoins qui ont atteſté le contraire. Par exemple, ſi ſur une demande en réparation d'injures, j'ai fait entendre des témoins qui ont dit qu'ils étoient préſens à la querelle, & que vous m'avez dit telles & telles injures & que je n'ai pas repouſſées; & que, de votre côté, vous en ayez fait entendre qui ont dit que c'eſt moi qui vous ai dit des injures que vous n'avez pas repouſſées, les enquêtes en ce cas ſe détruiſent mutuellement, & il n'en réſulte de part & d'autre aucune preuve.

Mais ſi mes témoins étoient en beaucoup plus grand nombre que les vôtres; ou bien ſi les miens étoient de bons Bourgeois, gens d'une probité reconnue; & les vôtres étoient des gens de la lie du peuple, la preuve qui réſulte de mon enquête devroit prévaloir, & ne ſeroit pas détruite par la vôtre; *Arg.* L. 3, §. 2, ff. *de teſt. numerus teſtium, dignitas & autoritas confirmat rei de quâ quæritur fidem.*

Article VIII.

De la qualité des Témoins, & des reproches qu'on peut propoſer contre leurs perſonnes.

822. On n'exige pas dans les témoins qui ſont produits en juſtice, pour faire la preuve d'un fait, toutes les qualites qui ſont requiſes dans ceux qu'on appelle pour être préſens à la confection des actes, pour la ſolemnité de l'acte; les femmes, les étrangers non-naturaliſés, les religieux profès ſont admis à dépoſer en juſtice; la raiſon de cette différence eſt, qu'on a le choix des témoins qu'on appelle pour la ſolemnité des actes, au-lieu qu'on ne peut produire pour dépoſer d'un fait, que ceux qui en ont connoiſſance.

Les cauſes de reproche qu'on peut oppoſer contre la perſonne d'un témoin pour faire rejetter ſa dépoſition, peuvent ſe rapporter à quatre chefs; le défaut de raiſon, le défaut de bonne fame, la ſuſpicion de partialité, & la ſuſpicion de ſubornation.

Du défaut de Raiſon.

823. Il n'eſt pas douteux que la dépoſition d'un enfant & celle d'un inſenſé doivent être rejettées.

A l'égard des impuberes qui approchent de la puberté, & qui par conſéquent commencent à avoir quelque uſage de raiſon, leurs dépoſitions ne doivent pas être rejettées indiſtinctement, mais cela doit être laiſſé à la prudence du Juge qui peut admettre la dépoſition de ces perſonnes, lorſqu'elle eſt bien circonſtanciée, & que le fait ſur lequel elles ont rendu témoignage, n'eſt pas au-deſſus de la portée de leur jugement.

Ceux qui prétendent rejetter indiſtinctement la dépoſition des impuberes, ſe fondent ſur la Loi 3, §. 5, ff. *de teſtibus*, qui défend d'admettre la dépoſition des impuberes dans l'accuſation capitale de violence publique; mais je ne penſe pas qu'on en doive faire une déciſion générale, & l'étendre aux matieres civiles.

Du défaut de bonne fame.

824. Les dépoſitions de ceux qui ont encouru l'infamie par quelque con-

damnation, doivent être rejettées. L'Ordonnance de 1667, *t.* 23, *art.* 2, le ſuppoſe.

Non-ſeulement la perte de l'état de bonne fame, mais la ſimple ſuſpenſion de cet état qui réſulte d'un décret de priſe de corps rendu contre une perſonne, doit faire rejetter ſa dépoſition; parce que, pour qu'un témoin ſoit digne de foi, il ne ſuffit pas qu'il ſoit exempt de crime; il faut encore qu'il ſoit exempt de tout ſoupçon légitime.

Il en eſt de même d'un décret d'ajournement perſonnel, lorſque le titre d'accuſation ſur lequel il eſt rendu, peut-être ſuſceptible d'une peine infamante.

L'Ordonnance de 1667, en l'article ci-deſſus cité, met les décrets, auſſi-bien que les condamnations, au rang des actes qui ſervent de fondement aux reproches des témoins.

Du ſoupçon de partialité.

825. Le ſoupçon de partialité eſt une juſte cauſe du reproche qui fait rejetter la dépoſition des témoins : les témoins pour être dignes d'une pleine foi, doivent être entiérement déſintéreſſés.

C'eſt ſur ce fondement qu'on rejette les dépoſitions, 1°. de ceux qui ont quelque intérêt perſonnel à la déciſion de la cauſe, quoiqu'ils ne ſoient pas parties au procès.

Par exemple, ſi en conſéquence d'un commencement de preuve par écrit, j'ai été admis à faire preuve teſtimoniale, que vous m'aviez vendu un certain héritage, la dépoſition des Seigneurs de qui l'héritage releve, doit être rejettée; parce qu'ils ont intérêt à la déciſion de la cauſe, à cauſe des profits qui leur ſeroient dûs, s'il étoit jugé qu'il y a eu une vente.

826. 2°. Sur le même fondement, on rejette la dépoſition des témoins qui ſont parens ou alliés de l'une ou de l'autre des parties ou des deux, juſqu'au quatrieme degré de la ligne collatérale incluſivement; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 22, *art.* 11.

Obſervez que les parens & alliés d'une partie ne peuvent dépoſer ni en ſa faveur, ni même contre elle; les parentés & alliances faiſant ſoupçonner ou une amitié ou une haine, contraire à l'impartialité, *ſunt apud concordes excitamenta charitatis, inter iratos verò incitamenta odiorum.* C'eſt la raiſon qui eſt rapportée dans le procès verbal de l'Ordonnance.

Il paroît par ce procès verbal, que cette diſpoſition de l'Ordonnance ſouffrit beaucoup de difficulté, & paſſa contre l'avis de M. le Premier Préſident & des autres Magiſtrats du Parlement. Par le Droit Romain, il n'y avoit que les peres & meres & les enfans qui n'étoient pas admis à porter témoignage les uns contre les autres; L. 6, *Cod. de teſt.*; L. 9, ff. *h. tit.* Tous les parens de la ligne collatérale y étoient admis, ſauf que dans les accuſations criminelles, on ne forçoit pas les parens juſqu'au degré des enfans des couſins iſſus de germains à porter témoignage contre leurs parens; L. 4, ff. *d. tit.*

827. 3°. Sur le même fondement, on rejette aſſez ordinairement les dépoſitions des ſerviteurs & domeſtiques de l'une ou de l'autre des parties. J'ai dit aſſez ordinairement; car l'Ordonnance n'ayant pas fait une défenſe abſolue

d'admettre ces dépoſitions, comme elle a fait à l'égard des parens & des alliés, mais s'étant contentée d'ordonner qu'il ſeroit fait mention dans la prémice de chaque dépoſition, ſi le témoin étoit ſerviteur ou domeſtique des parties, elle donne à entendre qu'elle laiſſe à la prudence du Juge, d'y avoir égard, s'il le juge à propos, & de les admettre ou de les rejetter ſelon les différentes circonſtances.

On appelle *Serviteurs*, des gens que nous avons à nos gages pour nous rendre tous les ſervices que nous leur commandons de nous rendre, quoiqu'ils ſoient prépoſés principalement à une certaine eſpece de ſervice.

On peut être ainſi ſerviteur, ſans être domeſtique; tels ſont un Jardinier ou un Garde-chaſſe qu'un homme domicilié en ville a dans ſes terres; ils ne ſont pas proprement ſes domeſtiques, puiſqu'ils ne demeurent pas avec lui, & ne ſont pas à ſa table, mais ils ſont ſes ſerviteurs, puiſqu'il les a à ſes gages, & qu'il peut leur commander, lorſqu'il eſt à ſa terre, de lui rendre tous les ſervices auxquels ils peuvent être propres,

En cela, ces perſonnes different de ceux avec qui nous avons un marché pour nous faire un certain ouvrage pour une certaine ſomme, tels que ſont nos vignerons: ceux-ci ne ſont pas proprement nos ſerviteurs, & nous n'avons pas droit de leur commander, ni d'exiger d'eux autre choſe que l'ouvrage qu'ils ſont obligés de faire. C'eſt pourquoi dans l'uſage on reçoit le témoignage des vignerons d'une partie.

On appelle *Domeſtiques*, les perſonnes qui demeurent en notre maiſon & mangent notre pain, ſoit que ces perſonnes ſoient en même temps nos ſerviteurs, tels que ſont des Laquais, des Cochers, Cuiſiniers, Valets-de-chambre, Maitres-d'Hôtel, &c., ſoit que ces perſonnes ne ſoient pas proprement des ſerviteurs, pourvu que nous ayons néanmoins ſur eux quelque autorité, tels que ſont des Apprentifs, des Clercs de Procureur, &c.

Les dépoſitions des ſerviteurs ou des domeſtiques ſont ſur-tout rejettées, lorſqu'ils ſont entendus, pour & à la requête de leurs maîtres: on cite à cet égard la Loi 6, ff. *de teſt.*, qui dit, *idonei non videntur eſſe teſtes, quibus imperari poteſt ut teſtes fiant.* Cette Loi ne reçoit pas néanmoins une application parfaite: cela eſt dit des eſclaves & des fils de famille, qui étoient ſoumis à une puiſſance à laquelle il n'étoit pas en leur pouvoir de ſe ſouſtraire, au-lieu que nos ſerviteurs ſont des perſonnes libres.

C'eſt ſur le même fondement de ſoupçon de partialité, qu'on ne doit pas recevoir dans une cauſe le témoignage de l'Avocat ni du Procureur de l'une ou de l'autre des parties; L. 25, ff. *de teſt.*

Leur témoignage ſeroit ſuſpect de partialité, s'ils étoient témoins en faveur de leurs parties; & il y auroit de l'indécence à les admettre à être témoins contre leurs parties.

Par la même raiſon, un tuteur, un curateur qui eſt partie en cette qualité pour ſon mineur ou interdit, ne peut être témoin ni pour ni contre lui: des fabriciers, des adminiſtrateurs d'hôpitaux, & autres perſonnes ſemblables, ne peuvent être témoins ni pour ni contre la fabrique ou l'hôpital.

Mais les parens, même les enfans de ces perſonnes, qui ne ſont parties qu'en nom qualifié de tuteurs ou curateurs, ou adminiſtrateurs, & pareillement

leurs ſerviteurs & leurs domeſtiques peuvent être témoins ; car ces perſonnes ne ſont pas proprement parties ; c'eſt le mineur, l'interdit, la fabrique, l'hôpital, qui eſt partie par leur miniſtere.

Par la même raiſon, lorſqu'un corps eſt partie, les membres de ce corps ne doivent pas être reçus à porter témoignage ; ce témoignage ſeroit ſuſpect de partialité s'ils étoient témoins pour leur corps, & il ſeroit indécent qu'on les obligeât à être témoins contre leur corps.

Mais comme chaque membre d'un corps étant une perſonne qui eſt diſtinguée du corps, ſuivant la regle *univerſitas diſtat à ſingulis*, 7, §. 1, ff. *quod cuj. univ.*, ne peut être cenſée partie, rien n'empêche que les parens, alliés, ſerviteurs & domeſtiques de chacun des membres du corps, puiſſent être admis à porter témoignage dans les cauſes où le corps eſt partie.

828. 5°. Le ſoupçon de partialité fait auſſi rejetter ordinairement les dépoſitions des témoins qui ſeroient en procès avec la partie contre qui ils ſont produits : la raiſon eſt qu'on plaide rarement ſans aigreur, & que les procès cauſent ordinairement des inimitiés entre les parties plaidantes.

Comme ce ſont ſur-tout les procès criminels qui cauſent de grandes inimitiés, il n'eſt pas douteux qu'on doit rejetter la dépoſition d'un témoin qui a un procès criminel, ſoit comme accuſé, ſoit comme accuſateur contre la partie contre laquelle il eſt produit : cela eſt conforme à la Novelle 90, *cap. 7.* A l'égard des procès civils, je penſe qu'on ne doit pas les regarder indiſtinctement comme une cauſe ſuffiſante de reproche. Si le légiſlateur l'eût voulu, il s'en ſeroit expliqué, comme il a fait à l'égard des parentés & alliances ; ne l'ayant pas fait, il eſt à préſumer qu'il a voulu laiſſer à la prudence du Juge à admettre ou non le reproche, ſuivant les circonſtances. Par exemple, il admettra le reproche ſi le procès eſt un procès où il s'agiſſe de toute la fortune, *lis de omnibus bonis ;* car l'aigreur qui réſulte des procès eſt ordinairement d'autant plus grande que l'intérêt eſt grand. Le reproche doit être encore admis, quoique l'objet du procès ne ſoit pas conſidérable, ſi c'eſt un procès dans lequel on attaque la bonne foi & la probité d'une partie ; mais lorſqu'un procès eſt de peu de conſéquence, que la probité des parties n'eſt point attaquée, & qu'il ne roule que ſur de ſimples queſtions de Droit, je ne penſe pas qu'il doive être une cauſe ſuffiſante de reproche contre le témoin qui a ce procès avec la partie contre laquelle il eſt produit : de tels procès ne ſont pas de nature à cauſer des inimitiés ; & quand ils cauſeroient quelque aigreur, ce ne pourroit être qu'une aigreur légere, & ce ſeroit bien mal préſumer des hommes que de ſoupçonner qu'une aigreur légere qu'auroit un témoin contre une partie, pût altérer la ſincérité de ſon témoignage, qu'il rend ſous la religion du ſerment.

Le Juge doit ſur-tout faire grande attention ſi le procès que la partie contre laquelle le témoin eſt produit a contre ce témoin, & dont elle veut faire contre lui un moyen de reproche, n'eſt pas un procès qu'elle paroiſſe avoir affecté de faire à ce témoin, dans un temps auquel elle prévoyoit qu'on le feroit entendre contre elle, dans la vue de s'en faire un moyen de reproche. Lorſque cela paroît, le Juge ne doit avoir aucun égard à ce reproche.

Si le procès que le témoin a contre la partie contre laquelle il eſt produit,

eſt ſouvent une cauſe de reproche : par la même raiſon c'en eſt une ſi ce témoin eſt ſaiſi & exécuté en ſes biens par cette partie ; car une telle ſaiſie eſt encore plus propre qu'un procès, à cauſer une inimitié.

Du ſoupçon de ſubornation.

829. Le ſoupçon légitime de ſubornation eſt auſſi une juſte cauſe de reproche, qui doit faire rejetter la dépoſition d'un témoin : il y a lieu à ce ſoupçon, & l'on rejette la dépoſition de ce témoin, lorſqu'il eſt psouvé & avoué que la partie qui le produit, lui a fait depuis l'appointement quelque préſent, ou lui a donné à manger & à boire chez elle, ou au cabaret à ſes dépens ; mais ſi le témoin avoit mangé avec la partie ſans être défrayé, il n'y auroit pas lieu à ce reproche.

C'eſt auſſi une forte préſomption de ſubornation, lorſqu'il eſt prouvé que la partie qui produit le témoin, lui a dreſſé par écrit ſa dépoſition. *Voyez l'Arrêt au cinquieme tome du Journal, cité par M. Jouſſe, ſur l'art. 1 du tit. 23 de l'Ordon. de 1667.*

CHAPITRE III.

De la Confeſſion, des Préſomptions & du Serment.

SECTION PREMIERE.

De la Confeſſion.

LA confeſſion eſt ou judiciaire, ou extrajudiciaire.

§. I.

De la Confeſſion judiciaire.

830. La confeſſion judiciaire eſt l'aveu qu'une partie fait devant le Juge d'un fait ſur lequel elle eſt interrogée, & dont le Juge donne acte.

Les confeſſions ou aveux que font les parties par des actes de procédure ſignifiés dans le cours d'une inſtance, peuvent auſſi paſſer pour une eſpece de confeſſion judiciaire, lorſque le Procureur a un pouvoir de ſa partie de les faire ; & il eſt cenſé l'avoir tant qu'il n'eſt pas déſavoué.

831. La confeſſion judiciaire faite par une perſonne capable d'eſter en jugement, fait une pleine foi du fait qui eſt confeſſé, & décharge l'autre partie d'en faire la preuve. C'eſt pourquoi, ſi un débiteur aſſigné pour payer une dette, confeſſe devoir la choſe ou la ſomme qui lui eſt demandée, le créancier demandeur eſt déchargé de faire la preuve de la dette ; & il peut, ſur cette confeſſion, obtenir contre ſon débiteur un jugement de condamnation. *Vice verſâ*, ſi le créancier qui a un titre de créance, eſt convenu en

jugement des paiemens que le débiteur ſoutient lui avoir faits, ces paiemens demeurent pour conſtans, & le débiteur eſt déchargé d'en faire la preuve.

832. Obſervez que lorſque je n'ai d'autre preuve que votre confeſſion, je ne puis la diviſer. Suppoſons, par exemple, que j'aie donné une demande contre vous pour une ſomme de deux cens livres que je ſoutiens vous avoir prêtée, & dont je vous demande le paiement : ſi ſur cette demande vous êtes convenu en Juſtice du prêt, en ajoutant que vous m'avez rendu cette ſomme, je ne puis tirer de votre confeſſion une preuve du prêt, qu'elle ne faſſe en même-temps foi du paiement : car je ne puis m'en ſervir contre vous qu'en la prenant telle qu'elle eſt, & en ſon entier ; *Si quis confeſſionem adverſarii allegat, vel depoſitionem teſtis, dictum cum ſuâ quantitate approbare tenetur ;* Bruneman, *ad* L. 28, ff. *de pact.*

833. La preuve qui réſulte de la confeſſion contre celui qui l'a faite, n'eſt pas telle qu'il ne puiſſe la détruire, en prouvant l'erreur qui y a donné lieu ; & en cela cette preuve eſt moindre que celle qui réſulte de la préſomption *juris & de jure*, dont nous traiterons dans les Sections ſuivantes, laquelle exclut toute preuve du contraire.

Si, par exemple, je vous ai demandé en Juſtice une ſomme de deux cens livres que je prétendois avoir prêtée à votre pere, duquel prêt je ne produiſois pour toute preuve qu'une lettre, par laquelle votre pere m'avoit prié de lui faire ce prêt, & que ſur cette demande vous ſoyez convenu me devoir cette ſomme, cette confeſſion forme contre vous une preuve de cette dette ; & au-lieu qu'avant cette confeſſion vous pouviez obtenir congé de ma demande ſans rien prouver, en diſant ſimplement que vous n'avez aucune connoiſſance du prêt ; que la lettre par moi produite ne juſtifie pas ſuffiſamment : au contraire, depuis votre confeſſion, j'ai contre vous, par votre confeſſion, une preuve ſuffiſante pour vous faire condamner à me payer cette ſomme ; à moins que de votre part vous ne rapportiez des preuves que le prêt n'a pas été fait, & que c'eſt par erreur que vous en êtes demeuré d'accord. Comme ſi, par exemple, vous rapportez ma lettre par laquelle j'aurois répondu à votre pere que je ne pouvois pas lui faire le prêt qu'il me demandoit, & que vous aſſuraſſiez ne l'avoir trouvée que depuis votre confeſſion ; l'erreur de votre confeſſion étant juſtifiée par cette lettre, détruit cette confeſſion, & la preuve qui en réſultoit : car de même qu'un conſentement formé par l'erreur, n'eſt pas un vrai conſentement, ſuivant cette regle de Droit, *non videntur qui errant conſentire* ; L. 116, §. 2, ff. *de R. J.* De même une confeſſion à laquelle l'erreur a donné lieu, n'eſt pas une vraie confeſſion : *Non fatetur qui errat ;* L. 2, *de confeſſis.*

Obſervez que l'erreur d'une confeſſion ne peut être juſtifiée que par la preuve de quelque fait, dont la connoiſſance n'eſt ſurvenue à celui qui l'a faite, que depuis qu'il l'a faite, comme dans l'eſpece ci-deſſus rapportée ; mais celui qui a fait une confeſſion ne peut la détruire en alléguant que c'eſt une ignorance de droit en laquelle il étoit lorſqu'il a fait la confeſſion qui y a donné lieu ; car c'eſt ſa faute de ne s'être pas fait inſtruire auparavant : c'eſt pourquoi la Loi 2, ci-deſſus citée, après avoir dit *non fatetur qui errat*, ajoute *niſi jus ignoravit.*

Cette

Cette diſtinction entre l'erreur de droit & l'erreur de fait, paroîtra par l'exemple ſuivant. Suppoſons qu'un mineur en âge de teſter, a légué une ſomme conſidérable à ſon précepteur : l'héritier aſſigné eſt convenu devoir à ce précepteur la ſomme portée au teſtament. Si depuis cet héritier a recouvré un codicille portant révocation du legs, ſa confeſſion à laquelle l'ignorance de ce codicille, qui eſt une erreur de fait, avoit donné lieu, ſera détruite ; mais ſi le legs n'a pas été révoqué, & qu'il diſe ſeulement que c'eſt par erreur qu'il eſt convenu devoir la ſomme portée au teſtament, parce qu'il ignoroit alors la Loi qui défend aux mineurs de léguer à leurs précepteurs : cette erreur par lui alléguée, étant une erreur de droit, il ne ſera pas écouté à la propoſer ; & la preuve qui réſulte de ſa confeſſion, ſubſiſtera.

Il nous reſte à obſerver, que lorſqu'un défendeur qui a confeſſé devoir la ſomme qui lui eſt demandée, veut prouver l'erreur de la confeſſion ; ſi la preuve des faits par leſquels il veut juſtifier cette erreur, a beſoin d'une longue diſcuſſion, le demandeur peut le faire condamner à payer proviſionnellement la ſomme qu'il a confeſſé devoir ; car juſqu'à ce qu'il ait fait la preuve de ces faits, la preuve qui réſulte de ſa confeſſion, ſubſiſte & doit faire accorder la proviſion au demandeur.

§. II.

De la Confeſſion extrajudiciaire.

834. La confeſſion extrajudiciaire eſt celle qui ſe fait hors Juſtice.

Nous n'entendons pas parler ici de la confeſſion que font les parties de leurs obligations par l'acte du contrat d'où elles naiſſent, ou par des actes de titre nouvel & de reconnoiſſance qui ſont paſſés exprès pour cela. Nous avons traité au Chapitre premier, de la preuve que font ces actes.

Les confeſſions de la dette dont nous parlons ici, ſont celles que fait le débiteur, ſoit dans une converſation, ſoit par une lettre miſſive, ou qui ſe trouvent incidemment dans quelque acte qui n'a pas été paſſé exprès pour cela. Dumoulin diſtingue celles que mon débiteur a faites à moi-méme, & celles qu'il a faites à des tiers hors de ma préſence.

Lorſque c'eſt à moi-méme que le débiteur a confeſſé la dette, & que ſa confeſſion exprime la cauſe de la dette, cette confeſſion fait une preuve complette de la dette ; mais ſi elle a été faite d'une maniere vague, & ſans exprimer la cauſe, elle ne forme, ſelon cet Auteur, qu'une preuve imparfaite qui a beſoin d'être complettée par le ſerment ſupplétoire que le Juge doit me déférer.

Lorſque la confeſſion a été faite à quelqu'un qui me repréſentoit ; comme à mon tuteur, à mon curateur, à mon procureur, *&c.* c'eſt la méme choſe que ſi elle avoit été faite à moi-méme.

Lorſqu'elle a été faite à un tiers hors ma préſence, elle ne fait qu'une preuve imparfaite, qui doit être complettée par le ſerment ſupplétoire : telles ſont les diſtinctions que fait Dumoulin, *ad* L. 3, *Cod. de reb. cred.*

Ces principes de Dumoulin me paroiſſent encore avoir beſoin d'une diſ-

tinction : lorsque mon débiteur qui est convenu hors Justice me devoir une certaine somme, assigné pour la payer, nie avoir contracté envers moi la dette de cette somme, la confession qu'il en a faite ci-devant le convainc de mensonge, & établit la preuve de la dette dont je lui demande le paiement, sans qu'il puisse être ensuite écouté à alléguer sans preuve qu'il a payé cette somme, dont il a d'abord nié avoir jamais été débiteur.

Mais si mon débiteur assigné est convenu m'avoir effectivement dû cette somme, mais soutient me l'avoir payée depuis qu'il est convenu me la devoir, soit que sa confession ait été faite à un tiers, soit qu'elle ait été faite à moi-même, soit qu'elle ait été faite dans une conversation, soit qu'elle se trouve dans une lettre missive, ou dans quelqu'autre acte qui n'ait pas été fait pour me servir de preuve de la dette, elle ne fera aucune preuve que la somme me soit encore due aujourd'hui.

Observez à l'égard de ce que dit Dumoulin, que la confession faite à un tiers ne fait qu'une preuve imparfaite de la dette, qu'il y a certains cas auxquels elle doit en faire une preuve complette.

Guthierez, *de contr. jura*, *q.* 54, *n.* 5, rapporte pour exemple le cas auquel le débiteur en faisant cet aveu à des tiers, dit qu'il le fait pour la décharge de sa conscience. Par exemple, si un malade fait venir deux personnes auxquelles, dans la crainte où il est d'être surpris par la mort, il déclare qu'il me doit une somme de cent livres que je lui ai prêtée sans billet; une telle confession, quoique faite à des tiers, me paroît faire une preuve complette de la dette.

Lorsque mon débiteur dans un inventaire, pour dissoudre une société, comprend dans le passif la dette dont il est tenu envers moi, cette confession, quoique faite hors de ma présence, me paroît aussi devoir faire une preuve complette de la dette.

Si la confession extrajudiciaire que le débiteur a faite de la dette en présence & sur le requis du créancier, fait une preuve complette de la dette; à plus forte raison la confession extrajudiciaire du paiement faite par le créancier en présence & sur le requis du débiteur, fait une preuve parfaite du paiement; car la libération étant favorable, elle doit se prouver plus facilement que l'obligation. Il en est de même si cet aveu a été fait par le créancier, en présence de quelqu'un qui l'avoit requis de la part du débiteur; car c'est comme s'il avoit été fait en présence de la personne même du débiteur; *Guthierez*, *ibid.*

Il y a même des Docteurs cités par Guthierez, qui pensent que la confession extrajudiciaire du paiement, faite par le créancier, quoiqu'en l'absence du débiteur, fait une preuve complette du paiement; mais Guthierez pense qu'elle ne fait qu'une preuve imparfaite. Cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

835. C'est à celui qui prétend prouver sa demande par la confession extrajudiciaire de la dette, ou ses défenses par celle qu'il prétend que le demandeur a faite du paiement ou de la remise de la dette, à justifier cette confession: Elle peut se justifier ou par quelque écrit, ou par des témoins. Si néanmoins le fait que j'entends prouver par votre confession extrajudiciaire, étoit un fait dont la preuve testimoniale ne fût pas admissible, je ne pourrois être admis à la preuve

teſtimoniale de votre confeſſion. Par exemple, ſi je vous demande la reſtitution d'un certain livre de la valeur de plus de 100 liv. que je prétends vous avoir prêté, & que je mette en fait que vous êtes convenu du prêt en préſence de témoins, je ne ſerai pas admis à prouver par témoins cette confeſſion ; parce que ce ſeroit m'admettre indirectement à la preuve teſtimoniale du prêt d'une choſe de valeur au-deſſus de cent livres, que l'Ordonnance défend.

836. Pour que la confeſſion faſſe une preuve contre celui qui l'a faite, il faut que celui qui l'a faite ſoit capable de s'obliger ; la confeſſion d'une femme non autoriſée de ſon mari, ou d'un mineur, ne fait pas de preuve.

837. La confeſſion fait preuve non-ſeulement contre celui qui l'a faite, mais encore contre ſes héritiers; néanmoins ſi quelqu'un avoit confeſſé devoir à une perſonne à qui les loix défendent de donner, cette confeſſion ne fera pas contr'eux preuve de la dette, à moins que les cauſes de la dette ne ſoient bien circonſtanciées. C'eſt le cas de la maxime *qui non poteſt donare, non poteſt confiteri.*

838. La confeſſion tacite doit avoir le même effet que la confeſſion expreſſe. C'eſt pourquoi le paiement que fait une perſonne, étant une confeſſion tacite de ſa part qu'il devoit la choſe qu'il a payée, il réſulte de ce paiement une preuve contre lui, que la choſe qu'il a payée étoit effectivement due.

Si donc il veut répéter cette choſe comme l'ayant payée induement, celui qui l'a reçue n'eſt point chargé de prouver qu'elle lui fut due effectivement; il en a une preuve ſuffiſante qui réſulte de la confeſſion tacite que renferme le paiement qui lui a été fait; c'eſt à celui qui a fait, le paiement, à juſtifier l'erreur. C'eſt la déciſion de la Loi 25, ff. *de probat.*

Néanmoins Paul, de qui eſt cette loi, y apporte deux exceptions. La premiere eſt que ſi celui à qui la choſe a été payée, aſſigné en répétition a commencé par dénier le paiement qui lui en a été fait, lequel ait été depuis juſtifié, il doit être obligé à prouver que la choſe qui lui a été payée, lui étoit effectivement due. La raiſon de cette exception eſt que la préſomption contre la vérité de la dette qui réſulte de la fauſſe dénégation qu'il a faite du paiement qui lui en a été fait, détruit la préſomption de la vérité de cette dette qui réſultoit du paiement.

Paul rapporte une ſeconde exception en faveur des mineurs, des femmes, des ſoldats, des gens de campagne. Comme ces gens ſont faciles à ſurprendre, il trouve à propos que celui qui a reçu d'eux quelque choſe en paiement, ſoit tenu de prouver que la choſe étoit effectivement due. Cette exception ne me paroit pas devoir être admiſe indiſtinctement; elle doit beaucoup dépendre des circonſtances.

SECTION II.

Des Préſomptions.

839. On peut définir la préſomption, un jugement que la loi, ou l'homme portent ſur la vérité d'une choſe, par une conſéquence tirée d'une autre choſe. Ces conſéquences ſont fondées ſur ce qui arrive communément & ordinairement: *Præſumptio ex eo quod plerumque fit. Cujac. in parat. ad tit. cod. de probat. & præſ.*

Par exemple, la loi préſume qu'une dette a été payée lorſque le créancier a rendu au débiteur ſon billet ; parce que communément & ordinairement le créancier ne remet au débiteur ſon billet, qu'après le paiement de la dette.

Alciat dit que ce terme *præſumptio*, *préſomption*, dérive de *ſumere* & de *præ*, parce que *SUMIT pro vero, habet pro vero*, elle fait tenir quelque choſe pour vrai, *PRÆ id eſt antequàm aliundè probetur*, ſans qu'il ſoit beſoin d'en faire d'autre preuve.

La préſomption differe de la preuve proprement dite : celle-ci fait foi directement & par elle-même d'une choſe ; la préſomption en fait foi par une conſéquence titrée d'une autre choſe : ceci s'éclaircira par des exemples ; la foi que fait l'acte, portant quittance du paiement d'une dette, eſt une *preuve littérale* du paiement de cette dette : la foi que font les dépoſitions des témoins qui ont vu le créancier recevoir de ſon débiteur la ſomme qui lui étoit due, en eſt une *preuve vocale ;* car la quittance & ces dépoſitions de témoins font foi par elles-mêmes & directement de ce paiement. Mais la foi que les quittances des trois dernieres années de ferme, fait du paiement des années précédentes, eſt une *préſomption*, parce que ce n'eſt pas par elles-mêmes & directement que ces quittances en font foi, mais par une conſéquence que la loi tire du paiement des trois dernieres années, que les précédentes ont été payées, laquelle conſéquence eſt fondée ſur ce qu'il eſt ordinaire de payer les anciennes fermes avant les nouvelles.

Il y a dans la matiere des obligations différentes eſpeces de préſomptions : il y en a qui ſont établies par une loi qu'on appelle *préſomptions de droit*, & d'autres qui ne ſont établies par aucune loi, qu'on appelle *preſomptions ſimples*. Entre les préſomptions de droit, il y en a qui ſont préſomptions *juris & de jure*, les autres ſont ſimplement préſomptions de droit, *præſumptiones juris*.

§. I.

Des Préſomptions juris & de jure.

840. Les préſomptions *juris & de jure*, ſont celles qui font tellement preuve, qu'elles excluent toute preuve qu'on voudroit faire du contraire ; Alciat définit la préſomption *juris & de jure* ainſi : *eſt diſpoſitio legis aliquid præſumentis, & ſuper præſumpto tanquàm ſibi comperto ſtatuentis :* elle eſt, dit Menoch. *Tr. de præſ. lib.* 1, *q.* 3, appellée *præſumptio JURIS*, parce que *à lege introducta eſt ; ET DE JURE*, parce que *ſuper tali præſumptione lex inducit firmum jus, & habet eam pro veritate.*

841. Ces préſomptions *juris & de jure* ont quelque choſe de plus que la preuve littérale ou vocale, & même que la confeſſion.

La preuve littérale auſſi-bien que la vocale, peut être détruite par une preuve contraire ; elle n'exclut pas celui contre qui elle milite, d'être écouté & reçu à faire, s'il le peut, la preuve du contraire.

Par exemple, ſi le demandeur qui ſe prétend mon créancier d'une ſomme de cent livres qu'il prétend m'avoir prêtée, produit une obligation devant Notaires, par laquelle j'ai reconnu qu'il me l'avoit prêtée, la preuve littérale qui

réſulte de cette obligation, peut être détruite par une preuve contraire, & elle ne m'exclut pas d'être écouté à faire, ſi je le puis, la preuve du contraire, *putà* en rapportant une contre-lettre, par laquelle vous auriez reconnu que je n'ai pas reçu la ſomme portée par ladite obligation.

Il en eſt de même de la confeſſion quoique faite *in jure*. Nous avons vu en la Section précédente, que la preuve qui en réſulte, peut être détruite par la preuve que peut faire celui qui l'a faite, que c'eſt une erreur qui y a donné lieu.

Au contraire, les préſomptions *juris & de jure* ne peuvent être détruites, & la partie contre qui elles militent n'eſt pas admiſe à prouver le contraire, comme nous le verrons dans les Sections ſuivantes.

La principale eſpece de préſomption *juris & de jure*, eſt celle qui naît de l'autorité de la choſe jugée : comme elle mérite d'être traitée avec étendue, nous la traiterons *ex profeſſo* dans la Section ſuivante.

La préſomption qui naît du ſerment déciſoire, eſt auſſi une eſpece de préſomption *juris & de jure* dont nous traiterons en la quatrieme Section, où nous traiterons des ſermens.

§. II.

Des préſomptions de Droit.

842. Les préſomptions de doit ſont auſſi établies ſur quelque loi, ou par argument de quelque loi ou texte de Droit, & ſont pour cela appellées *præſumptiones juris*. Elles font la même foi qu'une preuve, & elles diſpenſent la partie en faveur de qui elles militent, d'en faire aucune pour fonder ſa demande ou ſes défenſes ; mais, & c'eſt en cela qu'elles different des préſomptions *juris & de jure*, elles n'excluent pas la partie contre qui elles militent d'être reçue à faire la preuve du contraire ; & ſi cette partie vient à bout de la faire, elle détruira la préſomption.

843. Lorſque deux perſonnes d'une même province, dont la Coutume admet la communauté de biens entre homme & femme, y ont contracté mariage, il y a une préſomption de droit qu'elles ſont convenues d'une communauté de biens telle que la Coutume l'admet ; la femme qui en conſéquence demande part aux héritiers de ſon mari dans les biens qu'il a acquis, n'a pas beſoin de faire aucune preuve de cette convention.

Cette préſomption eſt établie par les diſpoſitions des Coutumes, qui portent que *homme & femme ſont un & communs*, &c. car c'eſt comme ſi elles diſoient, qu'ils ſont préſumés être convenus qu'ils ſeroient un & communs, &c. elle eſt fondée ſur ce qu'il eſt ordinaire en cette Province que les perſonnes qui s'y marient, conviennent d'une communauté, d'où la loi a tiré la conſéquence, que les parties qui s'étoient mariées, ſans s'être expliquées, devoient être préſumées être tacitement convenues d'une communauté ; *præſumptio enim ab eo quod plerumque fit*. Cette préſomption n'étant pas *juris & de jure*, elle diſpenſe bien de faire la preuve de la convention de communauté ; mais elle n'exclut pas la preuve du contraire qui peut ſe faire par un contrat de mariage, qui porte une clauſe d'excluſion de communauté.

844. C'eſt pareillement une préſomption de Droit, que dans notre ville d'Orléans, les murs ſont communs entre voiſins, juſqu'à ſept pieds au-deſſus de terre, *Coutume d'Orléans, art.* 234.

Celui donc qui veut y appuyer quelque choſe, n'en peut être empêché par ſon voiſin; & il n'eſt pas obligé d'apporter aucune preuve de ſon droit de communauté, qui ſe trouve ſuffiſamment fondé par la préſomption établie par la Coutume; mais cette préſomption peut être détruite par la preuve que le voiſin feroit, par des titres, que le mur appartient à lui ſeul.

845. La Loi 3, *Cod. de Apoch. publ.* contient auſſi une préſomption de Droit: ſuivant cette loi, les quittances de trois années conſécutives de tributs, forment une préſomption du paiement des années précédentes. Quoique cette loi n'ait été faite que pour les tributs, ſa déciſion a été étendue aux arrérages de rentes, ſoit foncieres, ſoit conſtituées, aux loyers, aux fermes, & autres ſemblables dettes annuelles: *nam ubi eadem ratio, idem jus ſtatuendum eſt.* Cette déciſion eſt fondée ſur ce qu'étant ordinaire d'exiger les anciennes dettes avant les nouvelles, les paiemens des nouveaux arrérages pluſieurs fois répétés, doivent faire préſumer le paiement des anciens; elle eſt auſſi fondée ſur ce qu'on doit ſubvenir aux débiteurs, & ne les pas obliger à garder trop longtemps des quittances & en trop grand nombre, de peur qu'ils n'en égarent quelqu'une; *Perez, ad d. t. cod.*

Il y en a qui vont juſqu'à dire que la quittance d'une ſeule année doit faire préſumer le paiement de toutes les précédentes; mais ce ſentiment ne paroît pas autoriſé.

Cette préſomption n'a lieu que lorſque les arrérages ou fermes des années précédentes, ſont dues à la même perſonne qui a donné les quittances des trois dernieres, & par les mêmes perſonnes à qui on les a données: elle a encore d'autres exceptions. Voyez ce que nous en avons dit en notre Traité du contrat de Louage, *p.* 3, *chap.* 1, *art.* 3. Cette préſomption n'état pas *juris & de jure*, n'exclut pas le créancier contre qui elle milite, de faire la preuve que les anciens arrérages lui ſont dus; & que depuis les quittances des trois dernieres années, le débiteur a reconnu devoir ces anciens arrérages.

846. La Loi 2, §. 1, ff. *de pact.* nous fournit encore un exemple d'une préſomption de Droit. Cette loi préſume qu'une dette eſt acquittée, lorſque le créancier a rendu au débiteur ſon billet; elle eſt fondée ſur ce qu'il n'eſt ni ordinaire, ni vraiſemblable qu'un créancier rende le billet avant qu'il ſoit acquitté: n'étant pas *juris & de jure*, elle n'exclut pas le créancier de faire preuve que la dette n'a pas été payée. Nous avons parlé de cette préſomption *ſuprà*, *n.* 608.

La préſomption de paiement qui réſulte de ce que le billet du débiteur ſe trouve barré, *chirographum concellatum*, eſt ſemblable à la précédente: c'eſt une préſomption de droit; la Loi 24, ff. *de prob.* la ſuppoſe: elle eſt fondée ſur ce que c'eſt un ſigne ordinaire de paiement, lorſqu'un billet ſe trouve barré, elle diſpenſe le débiteur d'apporter d'autres preuves du paiement; mais cette préſomption peut être détruite par une preuve que le créancier feroit, que c'eſt par une erreur que le billet a été barré, & qu'il n'a point été réellement acquitté; L. 24, ff. *de probat. Putà*, ſi le créancier produiſoit une lettre par

laquelle le débiteur lui écrivoit en ces termes : » Je vous renvoie le billet de » feu mon pere que vous m'avez envoyé barré, comptant ſur la parole que » je vous avois donnée de l'acquitter, je ſuis au déſeſpoir de ne pouvoir la » tenir, *&c.* »

847. La préſomption du paiement ou de la remiſe des profits, qui réſulte de la reception en foi faite ſans réſerve, eſt une autre eſpece de préſomption de Droit : elle eſt établie ſur l'article 66 de notre Coutume d'Orléans, & elle eſt fondée ſur ce qu'il eſt ordinaire que le Seigneur faſſe cette réſerve, lorſqu'il n'a pas été payé des profits, & qu'il n'entend pas en faire remiſe : cette préſomption diſpenſe le vaſſal de faire d'autres preuves du paiement des profits, & d'en rapporter quittance ; mais elle n'exclut pas le créancier de faire la preuve que les profits lui ſont encore dus, *putà* par des lettres par leſquelles le vaſſal auroit reconnu en être débiteur.

On pourroit rapporter encore pluſieurs autres exemples : ceux qu'on a rapportés ſuffiſent.

§. III.

Des préſomptions qui ne ſont pas établies par une Loi.

848. Il y a quelqu'unes de ces préſomptions, qui, ſans être établies par aucune Loi, ſont aſſez fortes pour faire la même foi que les préſomptions de Droit, ſauf à la partie contre qui elles militent à faire la preuve du contraire : en voici un exemple aſſez ordinaire. Lorſqu'une partie déſavoue le Procureur qui a occupé pour elle ſur une demande, ſi le Procureur déſavoué eſt porteur de l'exploit de demande, & que l'Huiſſier qui a donné l'exploit ne ſoit pas déſavoué, cet exploit dont il eſt porteur, forme une préſomption en faveur du Procureur, qui équipolle à une preuve du mandat, & ſuffit pour lui faire donner congé du déſaveu.

La préſomption eſt encore plus forte, ſi le Procureur eſt auſſi porteur des titres de la partie, ſur leſquels on a fondé la demande ; & la préſomption qui réſulte de ces titres, empeche auſſi la partie de pouvoir déſavouer l'Huiſſier. Pareillement, lorſque le Procureur du défendeur eſt porteur des titres de ſa partie qui ont ſervi à la défenſe de la cauſe, ces titres forment une preuve du mandat qu'il a eu d'occuper.

Ces préſomptions diſpenſent bien le Procureur d'apporter d'autres preuves du mandat ; mais elles n'excluent pas le déſavouant de faire, s'il le peut, la preuve qu'il n'a point chargé le Procureur d'occuper. Comme s'il rapportoit une lettre de ce Procureur conçue en ces termes : » J'ai reçu les titres que » vous m'avez envoyé pour conſulter nos Avocats ; je ne ferai rien ſans vos » ordres. » Une telle lettre qui établit que les titres ne lui ont été envoyés que pour conſulter, & par laquelle il ſe ſoumet à attendre des ordres pour former la demande, détruit la préſomption du mandat d'occuper, qui réſultoit de ce qu'il eſt porteur des titres.

Obſervez à l'égard des Huiſſiers, que le titre dont l'Huiſſier étoit porteur, fait bien une préſomption de ſon mandat, pour une aſſignation qu'il auroit donnée en conſéquence de ce titre, ou pour un ſimple commandement qu'il

aura fait en vertu de ce titre ; mais il eſt très-dangereux d'en établir une préſomption pour des ſaiſies, exécutions & ventes qu'il auroit faites ; car nous voyons arriver tous les jours que des Huiſſiers abuſant d'une piece qu'on leur a remiſe pour faire un commandement, font contre le gré du créancier, des ſaiſies qui ruinent en frais le débiteur & quelquefois le créancier.

Les autres préſomptions que nous appellons *ſimples*, ne forment pas ſeules & par elles-mêmes une preuve : elles ſervent ſeulement à confirmer & à completter la preuve qui réſulte d'ailleurs.

849. Quelquefois pourtant le concours de pluſieurs de ces préſomptions réunies enſemble, équipolle à une preuve. Papinien, en la Loi 26, ff. *de probat.* en rapporte un exemple : une ſœur étoit chargée envers ſon frere de la reſtitution d'un fidéicommis : après la mort du frere, il étoit queſtion de ſçavoir ſi ce fidéicommis étoit encore dû par la ſœur à la ſucceſſion du frere. Papinien décide qu'on doit préſumer que le frere en avoit fait la remiſe à ſa ſœur ; & il tire la préſomption de la remiſe de trois circonſtances, 1°. de l'union entre le frere & la ſœur ; 2°. de ce que le frere avoit vécu fort long-temps ſans le demander : 3°. de ce qu'on rapportoit un très-grand nombre de comptes faits entre le frere & la ſœur ſur les affaires reſpectives qu'ils avoient enſemble, dans aucuns deſquels il n'y en avoit aucune mention. Chacune de ces circonſtances priſe ſéparément, n'auroit formé qu'une ſimple préſomption inſuffiſante pour faire décider que le défunt avoit remis la dette ; mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve ſuffiſante de cette remiſe.

SECTION III.

De l'autorité de la choſe jugée.

L'eſpece particuliere de préſomption *juris & de jure*, qui réſulte de l'autorité de la choſe jugée, nous a paru mériter d'être traitée en particulier dans cette Section.

Nous y verrons, 1°. quels ſont les jugemens qui ont l'autorité de la choſe jugée : 2°. quels ſont les jugemens qui ſont nuls, & ne peuvent par conſéquent avoir cette autorité : 3°. quelle eſt l'autorité de la choſe jugée : 4°. à l'égard de quelles choſes a-t-elle lieu : 5°. entre quelles perſonnes.

ARTICLE PREMIER.

Quels ſont les jugemens qui ont l'autorité de choſe jugée.

850. Pour qu'un jugement ait l'autorité de *choſe jugée*, & même pour qu'il puiſſe en avoir le nom, il faut que ce ſoit un jugement définitif qui contienne, ou une condamnation ou un congé de demande : *Res Judicata dicitur quæ finem controverſiarum pronuntiatione Judicis accipit, quod vel condemnatione vel abſolutione contingit ;* L. 1, ff. *de res jud.*

Un jugement qui contient une condamnation proviſionnelle, ne peut donc avoir ni le nom ni l'autorité de *choſe jugée ;* car quoiqu'il donne à la partie qui l'a

l'a obtenu, le droit de contraindre la partie condamnée à payer par proviſion la ſomme ou les choſes portées par la condamnation, il ne met pas fin au procès, & ne forme pas une préſomption *juris & de jure*, que cette ſomme ou ces choſes ſont dues; puiſque la partie condamnée, après qu'elle a ſatisfait par proviſion à la condamnation, eſt reçue dans le cours du procès au principal à prouver qu'elles ne ſont pas dues, & peut en conſéquence faire révoquer le jugement. A plus forte raiſon les Sentences ou Arrêts interlocutoires qui ne contiennent ni condamnation ni congé de demande, ne peuvent avoir l'autorité de *choſe jugée : Non vox omnis judicis, judicati continet auctoritatem;* L. 1, *Cod. de ſent. & interloc.*

851. L'Ordonnance de 1667, *tit. 27, art. 5*, rapporte trois cas dans leſquels les Jugemens définitifs ont l'autorité de *choſe jugée*. Il y eſt dit : » Les » Sentences & Jugemens qui doivent paſſer en force de *choſe jugée*, ſont ceux » rendus en dernier reſſort, & dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'eſt pas » recevable; ſoit que les parties y euſſent formellement acquieſcé, ou qu'elles » n'en euſſent interjetté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré » péri. »

Nous traiterons ſéparément de ces trois cas.

Premier Cas.

Des Jugemens rendus en dernier reſſort, & de ceux dont il n'y a pas d'appel.

852. L'Ordonnance unit dans cet article aux Jugemens rendus en dernier reſſort, ceux dont il n'y a pas encore d'appel interjetté; parce que tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont de même que ceux rendus en dernier reſſort, une eſpece d'autorité de *choſe jugée*, qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus, le droit d'en pourſuivre l'exécution, & forme une eſpece de préſomption *juris & de jure*, qui exclut la partie contre qui ils ont été rendus, de pouvoir rien propoſer contre, tant qu'il n'y a pas d'appel interjetté; mais cette autorité & la préſomption qui en réſulte, ne ſont que momentanées, & ſont détruites auſſi-tôt qu'il y a un appel interjetté.

Cela a lieu quand même la Sentence ſeroit du nombre de celles qui doivent s'exécuter par proviſion nonobſtant l'appel; car cette exécution proviſoire ne donne pendant l'appel à ces Sentences que l'effet des Jugemens proviſionnels, leſquels, comme nous l'avons vu ci-deſſus, n'ont pas l'autorité de *choſe jugée*.

853. A l'égard des Jugemens rendus en dernier reſſort, tels que ſont les Arrêts des Cours Souveraines, & en certains cas les Sentences des Juges-Préſidiaux & des Juges-Conſuls : lorſqu'ils ſont définitifs, ils ont une autorité de *choſe jugée* ſtable & perpétuelle.

Lorſque le Jugement en dernier reſſort eſt contradictoire, il a cette autorité auſſi tôt qu'il a été rendu; mais lorſqu'il a été rendu par défaut, à moins que ce ne ſoit à tour de rôle, la partie défaillante contre qui il a été rendu, eſt reçue à y former oppoſition dans la huitaine, du jour de la ſignification du

Jugement faite à ſon Procureur ; ou ſi elle n'avoit pas conſtitué Procureur, du jour de la ſignification faite à ſa perſonne ou à ſon domicile. Cette oppoſition détruit l'effet du Jugement. C'eſt pourquoi ce n'eſt qu'après que la partie défaillante à laiſſé paſſer la huitaine ſans former oppoſition, que les Jugemens rendus par défaut, acquierent une autorité de *choſe jugée* ſtable & perpétuelle.

854. Les Arrêts & Jugemens en dernier reſſort ne peuvent jamais être attaqués par la voie ordinaire de l'appel ; mais les Arrêts peuvent l'être en certains cas par la voie extraordinaire de la requête civile.

Les Jugemens Préſidiaux rendus en dernier reſſort, peuvent pareillement être attaqués dans les mêmes cas par la voie d'une ſimple requête d'oppoſition, qui eſt auſſi une voie extraordinaire, & qui ne differe de la requête civile qu'en ce qu'elle n'exige pas les mêmes formalités qui ſont requiſes pour la requête civile ; telles que ſont celles de conſigner les amendes portées par l'article 16 du titre dernier de l'Ordonnance de 1667, & d'attacher à la requête une conſultation d'anciens Avocats, ſuivant l'article 13.

Ces requêtes n'arrêtant point l'exécution des Arrêts & Jugemens en dernier reſſort (*art. 18*), & la partie n'étant reçue à oppoſer contre le Jugement d'autres moyens que ceux qui ſervent de fondement à la requête civile, ſans qu'elle puiſſe être écoutée dans aucuns moyens du fond, *art. 31, 37* ; il s'enſuit que les Arrêts & Jugemens qui ſont dans quelqu'un des cas pour leſquels il y a lieu à la requête civile, ne laiſſent pas, juſqu'à ce qu'ils aient été reſcindés par cette voie, d'avoir une autorité de *choſe jugée*, mais qui n'eſt pas ſtable & perpétuelle, puiſqu'elle peut être détruite par la reſciſion du Jugement : elle ne devient telle que lorſque la partie a laiſſé paſſer le temps dans lequel on doit ſe pourvoir par cette voie, ou lorſqu'elle en a été déboutée, n'étant plus en ce cas reçue à ſe pourvoir de nouveau, *art. 41*.

855. L'Ordonnance rapporte les différens cas dans leſquels il y a lieu à la requête civile : elle diſtingue à cet égard les majeurs & les mineurs, les particuliers & l'Egliſe.

Les cauſes pour leſquelles les particuliers, quoique majeurs, ſont reçus à ſe pourvoir par requête civile, ſont rapportées en l'article 34 du titre 35. Il y eſt dit : » *Ne ſeront reçues autres ouvertures de requêtes civiles à l'égard des* » *majeurs* que, 1°. *le dol perſonnel.* »

C'eſt-à-dire, lorſque la partie en faveur de qui le Jugement a été rendu, a employé le dol & l'artifice pour le faire rendre, *putà* en ſupprimant des pieces déciſives, ou en employant des pieces fauſſes, comme il ſera dit ci-après.

2°. *Si la procédure par nous ordonnée n'a pas été ſuivie*, ce vice rend nul le Jugement.

3°. *S'il a été prononcé ſur choſes non demandées ou non conteſtées, & s'il a été plus adjugé qu'il n'a été demandé*, c'eſt encore un vice qui rend le Jugement nul, & dont nous parlerons en l'article ſuivant.

4°. *S'il a été omis de prononcer ſur l'un des chefs de demande.*

5°. *S'il y a contrariété d'Arrêts ou Jugemens en dernier reſſort entre les mêmes parties ſur les mêmes moyens, & en mêmes Cours ou Juriſdictions ; ſauf en cas de*

contrariété en différentes Cours ou Juriſdictions, à ſe pourvoir en notre Grand-Conſeil.

6°. *Si dans un même Arrêt il y a des diſpoſitions contraires.*

7°. *Si on a jugé ſur pieces fauſſes.*

Obſervez qu'il ne ſuffit pas pour reſcinder le Jugement par la voie de la requête civile, que la partie au profit de qui il a été rendu, ait produit des pieces fauſſes : il faut qu'il paroiſſe que c'eſt ſur le fondement de ces pieces que le Jugement a été rendu, *Cauſa judicati in irritum non devocatur; niſi probare poteris eum qui judicaverat, ſecutum ejus inſtrumenti fidem quod falſum eſſe conſtiterit, adversùs te pronuntiaſſe;* L. 3, *Cod. ſi ex falſ. inſtr.*

Il faut auſſi que ces pieces n'aient pas déja été attaquées de faux dans l'inſtance ſur laquelle le Jugement a été rendu; car en ce cas la queſtion ſur la vérité ou fauſſeté de cette piece, ſeroit une queſtion qui auroit été déja jugée par ce Jugement, & qui par conſéquent ne pourroit plus ſe renouveller, comme l'a fort bien obſervé M. Jouſſe en ſon Commentaire ſur cet article.

Au reſte, quoique la partie qui veut ſe pourvoir par requête civile, eût par erreur reconnu la vérité de la piece, dont il prétend avoir découvert depuis la fauſſeté, il n'en doit pas moins être reçu à attaquer cette piece comme fauſſe, & le Jugement qui a été rendu ſur cette piece; L. 11, ff. *de except.*

8°. *Ou ſur des offres ou conſentement qui aient été déſavouées, & le déſaveu jugé valable.*

Si mon Procureur a donné un conſentement, ou fait des offres, ſur leſquelles j'ai été condamné, je puis, ſi je prétends n'avoir pas donné pouvoir à mon Procureur de faire ces offres, me pourvoir par Requête civile contre l'Arrêt; mais pour y être reçu, il faut que je forme un déſaveu contre mon Procureur, & que je le faſſe contre lui déclarer valable.

9°. *Ou s'il y a des pieces déciſives nouvellement recouvrées & retenues par le fait de la partie.*

C'eſt un exemple du dol perſonnel de la partie en faveur de qui le jugement a été rendu, qui donne lieu à la Requête civile, comme il a été dit ci-deſſus.

Le recouvrement des pieces déciſives, n'eſt pas ſeul ſuffiſant pour donner ouverture à la Requête civile, & faire retracter l'Arrêt, comme nous le verrons *infrà*, *art.* 3. C'eſt la ſuppreſſion de ces pieces faite par le dol de la partie, qui y donne lieu.

856. Lorſque c'eſt contre des mineurs, contre l'Egliſe ou contre des Communautés que l'Arrêt a été rendu, outre les cas qu'on vient de rapporter, il y a encore un autre cas qui donne ouverture à la Requête civile; ſçavoir, *s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement*, art. 35.

Ces termes doivent s'interpréter par le projet de l'article 36, qui ſe trouve dans le procès-verbal de l'Ordonnance, *pag.* 463, il y eſt dit : « Ce que deſſus » aura lieu à l'égard des Eccléſiaſtiques, des Communautés & des Mineurs. » Et outre réputons encore à leur égard pour ouverture de Requête civile, » s'ils n'ont point été défendus; c'eſt à ſçavoir que les Arrêts ou Jugemens en » dernier reſſort, aient été donnés par défaut ou par forcluſion : s'ils n'ont » pas été valablement défendus, en cas que les principales défenſes de fait ou

» de droit, aient été omiſes, quoique ces Arrêts ou Jugemens en dernier » reſſort, aient été contradictoires, ou ſur les productions des parties; en » telle ſorte néanmoins qu'il paroiſſe qu'ils n'ont point été défendus, ou non » valablement défendus, & que le défaut des défenſes omiſes, ait donné lieu » à ce qui a été jugé. »

Le procès-verbal porte que ce projet d'article fut trouvé bon.

D'où il ſuit que ce n'eſt que *brevitatis & compendii ſtudio* qu'il a été retranché; & parce qu'on a cru que tout ce qu'il renferme, étoit ſuffiſamment renfermé ſous la généralité de ces termes, *s'ils n'ont été défendus, ou non valablement défendus.*

Obſervez que l'Egliſe eſt toujours préſumée n'avoir pas été ſuffiſamment défendue, lorſque l'affaire n'a pas été communiquée aux Gens du Roi: l'art. 34 en fait une cauſe de requête civile.

Obſervez auſſi que l'Egliſe n'a ces droits que lorſqu'il s'agit du fonds de ſon domaine; *Arrêt du* 27 *Nov.* 1703, *rapporté par Augeard, Tom.* 3; lorſqu'il ne s'agit que des revenus, c'eſt plutôt la cauſe du bénéficier que ce n'eſt celle de l'Egliſe.

857. La partie contre qui l'Arrêt a été rendu, lorſqu'elle ſe trouve dans quelqu'un des cas ci-deſſus rapportés, doit ſe pourvoir par Requête civile devant la Cour qui a rendu l'Arrêt, dans les ſix mois de la ſignification de l'Arrêt qui lui en a été faite depuis ſa majorité; *art.* 5.

Si la partie eſt morte dans ledit temps de ſix mois, ſes héritiers ont un nouveau délai de ſix mois du jour d'une nouvelle ſignification qui leur ſera faite; & s'ils ſont mineurs, le temps ne courra que du jour de la ſignification faite depuis leur majorité.

L'Egliſe, les Communautés, tant Laïques qu'Eccléſiaſtiques, & les particuliers abſens du Royaume pour cauſe publique, ont un an depuis la ſignification qui leur eſt faite de l'Arrêt; *art.* 7.

Si le Titulaire de bénéfice meurt dans ledit délai d'un an, le ſucceſſeur, autrement que par réſignation, a un nouveau délai d'un an du jour d'une nouvelle ſignification de l'Arrêt qui doit lui être faite, *art.* 9. A l'égard du Réſignataire, il n'a pour ſe pourvoir par Requête civile contre l'Arrêt rendu contre ſon Réſignant, que le temps qui reſtoit à ſon Réſignant, & il n'eſt pas néceſſaire de lui faire une nouvelle ſignification; il eſt préſumé avoir été inſtruit par ſon Réſignant.

858. Lorſqu'on ſe pourvoit pour cauſe de jugement rendu ſur pieces fauſſes, ou pour cauſe de pieces nouvellement découvertes, le délai de ſix mois ou d'un an ne court que depuis la découverte, *pourvu*, dit l'Ordonnance, art. 12, *qu'il y ait preuves par écrit, & non autrement.*

Il ne me ſuffira donc pas, pour être reçu dans ma Requête civile après le délai ordinaire de ſix mois, de dire que je n'ai découvert la piece ou la fauſſeté de la piece que depuis peu; il faut que j'aie une preuve par écrit du temps de la découverte.

Par exemple, ſi après pluſieurs années, la partie au profit de qui l'Arrêt a été rendu contre moi, vient à mourir, & qu'il paroiſſe par l'inventaire fait après ſa mort, des papiers trouvés ſous les ſcellés, que la piece déciſive du procès

qu'il avoit ſupprimée, ſe ſoit trouvée ; cet inventaire eſt une preuve par écrit, que la découverte de cette piece s'eſt faite au temps de l'inventaire.

Pareillement, ſi la partie, au profit de qui l'Arrêt a été rendu contre moi ſur une piece fauſſe, produit après pluſieurs années dans un autre procès contre une autre perſonne la même piece, qui dans le cours de cette inſtance, ſoit attaquée de faux, le jugement qui l'aura déclarée fauſſe ſera une preuve du temps de la découverte de cette fauſſeté.

859. Les cauſes pour leſquelles on peut ſe pourvoir par Requête contre les Jugemens préſidiaux rendus en dernier reſſort, ſont les mêmes que celles pour leſquelles on peut ſe pourvoir par Requête civile contre les Arrêts. A l'égard du temps dans lequel on doit ſe pourvoir, il n'y a d'autre différence, ſinon qu'au lieu que le temps de ſe pourvoir contre les Arrêts, eſt de ſix mois à l'égard des particuliers, & d'un an à l'égard de l'Egliſe, des Communautés & des abſens, *rei publicæ cauſâ ;* celui pour ſe pourvoir contre les Jugemens préſidiaux n'eſt que de trois mois à l'égard des particuliers, & de ſix mois à l'égard de l'Egliſe, des Communautés & deſdits abſens.

§. II.

Second Cas.

Des Jugemens dont l'appel n'eſt plus recevable.

860. L'Ordonnance rapporte en ſecond lieu parmi les Jugemens qui ont la force de *choſe jugée*, & qui forment en conſéquence la préſomption *juris & de jure* dont nous traitons, ceux dont l'appel n'eſt plus recevable.

Elle rapporte deux choſes pour leſquelles il ne l'eſt plus : la premiere eſt lorſque les parties contre qui les Jugemens ont été rendus, y ont *formellement* acquieſcé.

L'Ordonnance par ce terme *formellement*, n'entend pas qu'il ſoit néceſſaire que la partie pour être excluſe de l'appel, ait acquieſcé au Jugement en termes expres, & ait paſſé un acte d'acquieſcement ; elle a ſeulement voulu dire qu'il falloit que ſon acquieſcement ne fût point équivoque. C'eſt pourquoi ſi pour le paiement de la ſomme à laquelle elle a été condamnée, elle a requis terme, ſoit lors du Jugement, ſoit depuis, il n'eſt pas douteux qu'elle n'eſt plus recevable à appeller, la réquiſition d'un terme étant une marque non équivoque de ſon acquieſcement au Jugement : *ad ſolutionem dilationem petentem acquieviſſe ſententiæ manifeſtè probatur ;* L. *Cod. de re judic.* A plus forte raiſon, doit-elle être cenſée avoir acquieſcé, lorſqu'elle eſt entrée en paiement, ſoit de la ſomme portée par la condamnation, ſoit des dépens auxquels elle a été condamnée, à moins que dans les cas auxquels la Sentence eſt exécutoire par proviſion, elle ait payé en vertu de contrainte, en proteſtant qu'elle ne payoit qu'en vertu de contrainte, ſans préjudice à l'appel par elle interjetté, ou qu'elle comptoit interjetter.

Lorſque la partie qui a acquieſcé à la Sentence, eſt dans le cas de pouvoir ſe faire reſtituer contre ſon acquieſcement, ſoit pour cauſe de minorité, ſoit

pour cauſe de dol ou pour quelque autre cauſe, l'autorité de *choſe jugée* que le Jugement avoit acquiſe par l'acquieſcement à la Sentence, n'eſt pas ſtable & perpétuelle ; elle ſera détruite, lorſque la partie aura été reſtituée contre ſon acquieſcement.

861. La ſeconde cauſe pour laquelle l'appel n'eſt plus recevable, c'eſt lorſque la partie contre qui le Jugement a été rendu, a laiſſé paſſer le temps dans lequel l'appel devoit être interjetté.

Les principes de notre Droit ſont bien différens ſur ce temps, de ceux du Droit Romain. Par le Droit Romain, la partie qui ſe croyoit léſée par la Sentence, pouvoit le jour même qu'elle avoit été rendue en appeller de vive voix *apud acta ;* c'eſt-à-dire, au Greffe ou ſur le Barreau ; *Si apud acta quis appellaverit, ſatis erit ſi dicat* APPELLO ; L. 2, ff. *de appell.*

L'appel étant une voie autoriſée par les Loix, les Magiſtrats Romains ne s'offenſoient pas que la partie qui refuſoit d'acquieſcer à leur Jugement, en interjettât appel en leur préſence, pourvu qu'elle le fît d'une maniere reſpectueuſe, ſans proférer aucuns termes injurieux contre le Juge ou contre la Sentence; L. 8, ff. *de appel.*

Lorſque la partie n'avoit pas appellée le jour que la Sentence avoit été rendue, l'appel devoit être interjetté par une Requête, que l'appellant préſentoit au Juge qui avoit rendu la Sentence : cette Requête devoit contenir les noms de l'appellant & de la partie contre qui on appelloit, la Sentence dont on appelloit, & les griefs contre cette Sentence ; elle tendoit à ce qu'il plût au Juge de faire expédier les lettres qu'on appelloit *Apoſtoli*, par leſquelles il renvoyoit la cauſe devant le Juge d'appel. La partie n'avoit pour interjetter cet appel, que deux jours depuis la Sentence, lorſqu'elle avoit été partie en ſon nom ; ou trois jours, lorſqu'elle n'avoit été partie qu'en nom qualifié de Procureur, Tuteur, Curateur ou Adminiſtrateur ; L. 5, §. 5, ff. *de opp.* ; L. 1, §. 11, 12, 13, ff. *quand. app.*

Ces jours étoient *utiles*, c'eſt-à-dire, qu'on ne comptoit pas les jours auxquels le Juge n'avoit pas donné audience publique ; *d. L.* 1, §. 7, §. 9.

Juſtinien par ſa Novelle 23, *cap.* 1, a augmenté ce temps ; il accorde pour interjetter appel un délai de dix jours, du jour de la prononciation de la Sentence.

Ces principes du Droit Romain, quoique bien oppoſés aux nôtres, paroiſſent bien ſages & bien propres à conſerver, en abrégeant les procès, la tranquillité des Citoyens : le Roi de Pruſſe les a adoptés dans ſon Code ; il n'accorde, pour appeller des Sentences, que le délai de dix jours porté par la Novelle. La partie léſée par une Sentence, ne ſouffre aucun préjudice de ce court délai ; dès le commencement que la cauſe a été portée devant le premier Juge, cette partie a pu prévoir qu'elle pourroit perdre ſa cauſe ; & pendant tout le temps qu'a duré le procès, elle a eu le temps de délibérer ſur le parti qu'elle auroit à prendre, dans le cas où elle perdroit ſon procès.

862. Suivant les principes de notre Droit François, la partie qui ſe croit léſée par une Sentence, lorſqu'elle n'a fait aucun acte d'acquieſcement à cette Sentence, & qu'elle n'a pas été ſommée d'en interjetter appel, a le temps de dix ans entiers pour en interjetter appel, lequel temps ne commence à courir

que du jour de la ſignification de la Sentence ; *Ordonnance de* 1667, *t.* 27, *art.* 17.

On accorde le double du temps, c'eſt-à-dire, le temps de vingt ans à l'Egliſe, aux Hôpitaux, Colleges, Univerſités & Maladreries, pour interjetter appel des Sentences qu'ils prétendent leur faire grief par rapport à quelqu'un de leurs domaines, & ce temps court pareillement du jour de la ſignification de la Sentence, *ibidem.*

Quelque longs que ſoient ces délais, j'ai oui dire à des Praticiens, que cette diſpoſition de l'Ordonnance n'étoit pas toujours obſervée au Parlement de Paris, & qu'on y recevoit des appels, après le temps de ces délais expiré.

La partie au profit de qui la Sentence a été rendue, peut abréger les délais, en faiſant une ſommation juridique à la partie au profit de qui la Sentence a été rendue, d'en interjetter appel ſi bon lui ſemble ; mais cette ſommation ne peut être faite qu'au bout de trois ans du jour de la ſignification de la Sentence, ſi ce ſont des particuliers contre qui la Sentence a été rendue, & au bout de ſix ans, ſi c'eſt contre l'Egliſe, Hôpitaux, Colleges, Univerſités & Maladreries, pour raiſon de quelques-uns de leurs domaines ; *Ordonnance de* 1667, *d. tit. art.* 12.

L'effet de cette ſommation eſt que la partie à qui elle a été faite, n'a plus pour appeller que ſix mois depuis la ſommation, *art.* 12.

Si avant l'expiration de ces délais de trois ans ou de ſix ans, ou de celui de ſix mois, la partie contre qui la Sentence a été rendue, décede ; ou lorſque c'eſt un bénéficier, ſi elle réſigne ſon bénéfice, ſon héritier ou légataire univerſel, ou ſucceſſeur tranquille au bénéfice, doit encore avoir une année de délai pour interjetter appel, outre tout le temps qui reſtoit du délai qu'avoit celui auquel il a ſuccédé ; & il faut au bout de ce nouveau délai d'un an, lui faire une ſommation, quand même on en auroit déja fait une au défunt ou au prédéceſſeur ; & du jour de cette ſommation l'héritier ou ſucceſſeur n'aura plus que ſix mois pour être reçu à appeller, *art.* 12, 13, 15.

Ces délais ne courent pas contre les mineurs, *art.* 16, mais ils courent contre les abſens hors le Royaume, même pour le ſervice du Roi.

§. III.

Troisieme Cas.

Des Jugemens dont l'appel a été déclaré péri.

863. L'Ordonnance rapporte en troiſieme lieu entre les Jugemens qui ont la force de *choſe jugée*, ceux dont l'appel a été déclaré péri.

L'appel eſt péri, lorſque l'inſtance d'appel eſt tombée en péremption, par une diſcontinuation de procédure pendant trois ans, & qu'il eſt intervenu un Jugement qui a déclaré la péremption acquiſe.

Ce Jugement qui déclare acquiſe la péremption de l'inſtance d'appel, emporte la confirmation de la Sentence dont on avoit interjetté appel, & lui donne la force de *choſe jugée* ; l'appellant qui a laiſſé périmer l'inſtance d'appel, n'étant plus recevable à appeller de nouveau.

Cela ne ſouffre pas de difficulté, lorſque le Tribunal où étoit pendante l'inſtance d'appel, eſt un Tribunal de dernier reſſort; il n'eſt pas douteux en ce cas que le Jugement de ce Tribunal, qui déclare acquiſe la péremption de l'inſtance d'appel, étant un Jugement en dernier reſſort, donne la force de *choſe jugée* à la Sentence dont étoit appel, qu'il a confirmée. Lorſque le Tribunal où l'inſtance d'appel étoit pendante n'eſt pas un Tribunal de dernier reſſort, la Sentence de ce Tribunal qui aura déclaré la péremption acquiſe n'étant pas un Jugement en dernier reſſort, l'appellant, contre qui elle a été rendue, peut en appeller; mais ſur cet appel, les Juges ne doivent examiner que la queſtion de ſçavoir s'il y avoit lieu à la péremption, que le Juge dont eſt appel a déclaré acquiſe; & s'il leur paroît qu'il y avoit lieu, ils doivent ſans entrer en connoiſſance du fond, confirmer la Sentence; ſi au contraire la péremption n'étoit pas acquiſe, en prononçant du mal jugé de la Sentence qui l'a déclarée acquiſe, ils renverront les parties à procéder au fond.

864. Les inſtances d'appel quoique non-conteſtées, peuvent tomber en péremption auſſi-bien que celles qui ont été conteſtées.

C'eſt l'exploit d'aſſignation devant le Juge d'appel pour procéder ſur l'appel, qui introduit & forme l'inſtance d'appel, quand même il n'auroit été ſuivi d'aucune procédure, pas même de préſentation; cet exploit ſeul eſt cenſé former une inſtance ſujette à péremption, que la partie au profit de qui la ſentence a été rendue, peut faire déclarer acquiſe au bout de trois ans depuis cet exploit; c'eſt ce qui eſt porté par le Réglement de la Cour du 28 Mars 1692.

Lorſque l'aſſignation a été ſuivie de procédure, le temps de trois ans pour la péremption ne ſe compte que depuis la derniere procédure.

Ce temps court même contre les mineurs, ſauf leur recours contre leur tuteur. Bouchel, en ſa Bibliotheque, *verbo Perempt.* en rapporte pluſieurs Arrêts.

Ce temps peut être interrompu de pluſieurs manieres par la mort ou le changement d'état de l'une des parties, par la mort de l'un des Procureurs, *&c.*

Quoique ce temps ſoit accompli, la péremption de l'appel n'eſt pas acquiſe, juſqu'à ce qu'il ſoit intervenu un jugement qui l'ait déclarée acquiſe; & ſi depuis ce temps expiré avant que le jugement ſoit intervenu, il a été fait quelque procédure de la part de la partie contre qui l'appel a été interjetté, & qu'elle n'ait pas déſavoué ſon Procureur, la péremption ſera ouverte & ne pourra plus être oppoſée qu'au bout d'un nouveau temps de trois ans de diſcontinuation de procédure.

ARTICLE II.

Des Jugemens qui ſont nuls, & qui ne peuvent en conſéquence avoir l'autorité de choſe jugée.

865. Il y a une grande différence entre un jugement nul & un jugement inique. Un jugement nul eſt celui qui a été rendu contre la forme judiciaire,

ſententia

ſententia injuſta : un jugement eſt inique, *ſententia iniqua*, lorſque le Juge a mal jugé, *putà*, en condamnant une partie à payer ce que dans la vérité elle ne devoit pas, ou en la déchargeant de payer ce qu'elle devoit : un jugement quoiqu'inique, lorſqu'il a été rendu ſelon la forme judiciaire, peut avoir l'autorité de *choſe jugée*, lorſqu'il eſt dans quelqu'un des cas de l'article précédent ; & quelque inique qu'il ſoit, il eſt réputé équitable ſans que la preuve du contraire puiſſe être reçue.

Au contraire, un jugement nul, qui a été rendu contre la forme judiciaire, ne peut avoir l'autorité de *choſe jugée*, à moins que la nullité n'en ait été couverte.

Un jugement peut être nul, ou par rapport à ce qu'il contient, ou par rapport aux perſonnes entre leſquelles il a été rendu, ou par rapport au Juge qui l'a rendu, ou par l'inobſervation de quelque forme judiciaire.

§. I.

Des Jugemens qui ſont nuls par rapport à ce qui y eſt contenu.

866. Un jugement eſt nul lorſque l'objet de la condamnation qu'il prononce eſt incertain, *ſententia debet eſſe certa.* Par exemple, ſi un jugement étoit ainſi conçu : *Nous avons condamné le défendeur à payer au demandeur tout ce qu'il lui doit.* Il eſt évident qu'un tel jugement n'auroit pas l'autorité de *choſe jugée*, & ſeroit abſolument nul ; car ce qui eſt dû au demandeur, n'étant expliqué ni par le jugement, ni par quelque acte auquel il ſe rapporte, le jugement ne contient rien de certain ; c'eſt ce que décide la Loi 3, *Cod. de ſent. quæ ſine certâ quant. Hæc ſententiâ* omnem debiti quantitatem cum uſuris competentibus ſolve, *judicati actionem præſtare non poteſt, cùm ita demum ſine certâ quantitate facta condemnatio autoritate rei judicatæ cenſeatur, ſi parte aliquâ actorum certa ſit quantitas comprehenſa.*

867. Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire, que l'objet de la condamnation ſoit expliqué par le jugement ; il ſuffit qu'il le ſoit par quelque acte auquel le jugement ſe rapporte. Par exemple, un jugement qui condamne à payer les cauſes de la demande eſt valable, & peut avoir l'autorité de *choſe jugée*, lorſque les cauſes de la demande ſont expliquées par l'exploit de demande auquel ſe rapporte le jugement. *Cum Judex ait : Solve quod petitum eſt, valet ſententia* ; L. 59, §. 1, ff. *de re judic.*

868. Il n'eſt pas néceſſaire non plus que l'objet de la condamnation, ſoit quelque choſe qui ſoit liquide ; il ſuffit qu'il doive le devenir par la liquidation qui en ſera faite par des experts : c'eſt pourquoi un jugement qui condamne le défendeur à des dommages & intérêts ou à une indemnité, ne laiſſe pas de pouvoir avoir l'autorité de *choſe jugée*, quoique ces dommages & intérêts ou cette indemnité n'étant pas encore liquidés, l'objet de la condamnation ne ſoit pas encore quelque choſe de liquide & de certain ; car il doit le devenir par l'eſtimation qui en ſera faite par des experts. C'eſt ce que décide Alexandre Severe, *quamquàm pecuniæ quantitas ſententiâ non contineatur, ſententia tamen rata eſt, quoniam* INDEMNITATEM *rei publicæ præſtari juſſit* ; L. 2, *Cod. de ſent. quæ ſine cert. quant.*

869. 2°. Un jugement eſt nul lorſque l'objet de la condamnation qu'il contient eſt quelque choſe d'impoſſible. *Paulus reſpondit impoſſibile præceptum judicis nullius eſſe momenti ;* L. 3. ff. *Quæ ſent. Idem reſpondit ab eâ ſententiâ cui pareri rerum naturâ non potuit ſine cauſâ appellari ; d.* L. §. 1.

870. 3°. Un jugement eſt nul, lorſqu'il prononce expreſſément contre les Loix ; *ſi expreſſim ſententia contrà Juris rigorem data ſit... ſi* SPECIALITER, c'eſt-à-dire, (expreſſément) *contrà Leges Senatus-Conſultum, vel conſtitutiones fuerit prolata ;* L. 19, ff. *de appell. Quum contrà ſacras conſtitutiones judicatur, appellationis neceſſitas remittitur ;* L. 1, §. 2, ff. *quæ ſent. ſine appell.*

Obſervez que pour que le jugement ſoit nul, il faut qu'il ait prononcé expreſſément contre la Loi; il faut qu'il ait jugé que la Loi ne devoit pas être obſervée; mais il a ſeulement jugé que l'eſpece qui étoit à juger, n'étoit pas dans le cas de la Loi, quoiqu'elle y fût ; le jugement n'eſt pas cenſé impugner la Loi, il n'eſt pas nul, il eſt ſeulement inique, & il ne peut en conſéquence être reformé que par la voie ordinaire de l'appel; c'eſt ce que nous enſeigne Calliſtrat ; *Quùm prolatis conſtitutionibus contrà eas pronuntiat Judex, eò quòd non exiſtimat cauſam de quâ judicat per eas juvari, non videtur contrà conſtitutiones ſententiam dediſſe ; ideòque ab ejuſmodi ſententiâ appellandum eſt, aliòquin rei judicatæ ſtabitur ;* L. 32, ff. *de re jud.*

Obſervez auſſi que les jugemens qui prononçoient expreſſément contre les Loix, étoient chez les Romains nuls de plein droit ; chez nous il faut ſe pourvoir contre ces jugemens au Conſeil en caſſation, lorſqu'il n'y a pas lieu à la voie ordinaire de l'appel.

871. 4°. Un jugement eſt nul lorſqu'il contient des diſpoſitions contraires qui impliquent contradiction. Par exemple, étant aſſigné pour délaiſſer par action de revendication un héritage que vous m'aviez vendu, je vous ai appellé en garantie ; le jugement me donne congé de la demande, & vous condamne à me rendre le prix de l'héritage que je vous ai payé, & en mes dommages & intérêts. Ces deux diſpoſitions ſe contrarient ; car il implique que j'aie congé de la demande, & qu'on condamne mon garant ; cette contrariété dans ce jugement le rend nul : c'eſt pourquoi le demandeur, qui a été par ce jugement renvoyé de ſa demande, pourra, ſi c'eſt un jugement en dernier reſſort, ſe pourvoir contre par la voie de la Requête civile, ſous prétexte que ce jugement ſe contredit, & contient une diſpoſition contraire à celle dont il ſe plaint, qui a donné congé de ſa demande : s'il a laiſſé paſſer le temps de ſe pourvoir par la Requête civile, le jugement acquerra contre lui la force de la *choſe jugée ;* mais à l'égard de mon garant je penſe que quoiqu'il ne ſe ſoit pas pourvu par la voie de la Requête civile, je ne puis jamais être reçu à pourſuivre contre lui l'exécution de ce jugement ; parce que le congé qui y eſt donné de la demande donnée contre moi, reclame perpétuellement contre la condamnation de mon garant ; & que la bonne foi ne permet pas que retenant la choſe, je demande qu'on m'en rende le prix.

872. 5°. Un jugement eſt nul, lorſqu'il a prononcé ſur ce qui n'a pas été demandé, ou lorſqu'il a condamné une partie à plus qu'il ne lui avoit été demandé ; car le Juge n'eſt établi Juge que pour ſtatuer ſur les demandes qui ſont portées devant lui, & ne peut par conſéquent rendre de jugement que ſur ce

qui en fait l'objet. *Poteſtas Judicis ultrà id quod in judicium deductum eſt nequaquàm poteſt excedere ;* L. 18, ff. *com. div.*

873. De même que le jugement eſt nul, lorſqu'il condamne le défendeur à payer ce qui ne lui avoit pas été demandé, il l'eſt pareillement lorſqu'il a donné congé d'une demande à laquelle le défendeur avoit acquieſcé ; car en l'un & l'autre cas il a jugé ſur ce qui n'étoit pas l'objet d'une conteſtation ſoumiſe à ſon jugement. L'Ordonnance de 1667, *t.* 35, *art.*, 34, a compris l'un & l'autre cas, en diſant qu'il y a ouverture à la Requête civile s'il a été prononcé ſur choſes *non demandées ou non conteſtées.*

874. Ces nullités tirées de ce que le Juge a prononcé ſur ce qui n'étoit pas ſoumis à ſon jugement, n'ont pas lieu de plein droit ; elles doivent être oppoſées ou par la voie ordinaire de l'appel, lorſque le jugement n'eſt pas un jugement de dernier reſſort, ſinon par la voie de la Requête civile ; & lorſque la partie a laiſſé paſſer le temps ſans ſe pourvoir contre le jugement, ces nullités ſont couvertes.

§. II.

Des nullités des Jugemens qui ſe tirent des parties entre leſquelles ils ont été rendus.

875. Un jugement pour être valable, doit être rendu entre des parties capables d'eſter en jugement : *quæ habent legitimam ſtandi in judicio perſonam.*

Toutes les procédures faites par un incapable d'eſter en jugement ou contre lui, ſont nulles de plein droit, auſſi-bien que les jugemens qui ſeroient rendus ſur ces procédures.

876. Les perſonnes qui ne ſont pas capables d'eſter en jugement, ſont 1°. celles qui ont perdu l'état civil, ſoit par une condamnation à peine capitale, ſoit par la profeſſion religieuſe. Néanmoins les Religieux ſortis de leur cloître pour deſſervir un bénéfice, tels que ſont les Curés Chanoines-Réguliers, ſont réputés capables d'eſter en jugement, tant en demandant qu'en défendant ; car quoique leur bénéfice ne les reſtitue pas à l'état civil, néanmoins comme l'adminiſtration des biens & droits de leur bénéfice leur eſt accordée, auſſi-bien que celle de leur pécule, il eſt néceſſaire qu'ils puiſſent eſter en jugement, pour ce qui concerne les biens & les droits de leurs bénéfices, & pour les actions qui naiſſent des obligations perſonnelles qu'ils ont contractées, ou qu'on a contractées envers eux.

877. Les mineurs qui ſont ſous puiſſance de tuteur, ne ſont pas capables d'eſter en jugement ; les actions qui leur appartiennent ne peuvent être intentées que par leurs tuteurs en leur qualité de tuteur, & les actions qu'on a contre eux ne doivent pas être intentées contre eux, mais contre leurs tuteurs en ladite qualité.

Lorſque le mineur n'a pas de tuteur, celui qui a une action à intenter contre lui, doit préſenter Requête au Juge du domicile du mineur, à ce qu'il lui ſoit permis de convoquer les parens du mineur pour lui être pourvu d'un tuteur, contre lequel, après qu'il aura été nommé, il intentera ſon action.

Lorſque les mineurs ſont émancipés, ils peuvent eſter eux-mêmes en ju-

gement, mais ils ne le peuvent qu'avec l'assistance d'un curateur, qui leur est à cet effet nommé par le Juge, & qui doit être en cause avec eux.

878. Les femmes qui sont sous puissance de mari, ne peuvent, en pays coutumier ester en jugement, soit en demandant, soit en défendant, sans être autorisées par leur mari, ou à son refus par Justice. C'est pourquoi il ne suffit pas à ceux qui ont quelque action à intenter contre une femme mariée de l'assigner, il faut qu'ils assignent son mari avec elle.

Au reste, une femme est censée suffisamment autorisée de son mari, lorsque son mari est en cause avec elle ; & en cela les actes judiciaires sont différens des extrajudiciaires ; car pour qu'une femme mariée contracte valablement hors Justice, il ne suffit pas que son mari soit partie avec elle au contrat, il faut qu'il soit dit en termes exprès qu'il l'autorise, comme nous le verrons en traitant de la puissance maritale, en fin du Traité du Contrat de mariage.

Cette regle qu'une femme mariée ne peut ester en jugement, sans être autorisée, reçoit quelques exceptions. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 200, lui permet d'intenter sans son mari les actions pour raison des injures qu'elle prétend lui avoir été faites, & de défendre à celles pour raison des injures qu'on prétend qu'elle a faites.

879. Il nous reste à observer à l'égard de toutes les personnes qui sont incapables d'ester en jugement, que cette incapacité n'empêche pas de pouvoir former une accusation contre elles lorsqu'elles ont commis quelque crime ; & elles peuvent défendre à l'accusation.

880. De ce principe que pour qu'un jugement soit valable, les parties doivent être capables d'ester en jugement, on avoit tiré dans le Droit Romain cette conséquence, que le jugement rendu contre une partie qui étoit morte avant le jugement, étoit nul ; car pour être capable d'ester en jugement, il faut être ; lorsqu'on n'est plus au monde on ne peut plus avoir aucune capacité. C'est sur ce fondement que Paul dit : *Eum qui in rebus humanis non fuit sententiæ datæ tempore, inefficaciter condemnatum videri ;* L. 1, ff. *quæ sent. sine app.*

Dans notre Droit François, lorsque la mort de l'une des parties n'arrive que lorsque le procès est en état d'être jugé, c'est-à-dire, lorsqu'il ne reste plus aucune procédure à faire, ni aucune plaidoirie à entendre, la mort de la partie n'empêche pas le Juge de rendre le jugement, qui est aussi valable que s'il eût été rendu dès son vivant. C'est la disposition de l'*art.* 1, *du tit.* 26 *de l'Ordonnance de* 1667. L'Ordonnance a négligé en cela la subtilité du Droit pour éviter les longueurs & les frais superflus qu'auroient en ce cas causé une reprise d'instance.

Lorsqu'une partie décede dans le cours de l'instruction, & que le Procureur a notifié la mort par un acte signifié au Procureur de l'autre partie, ce qui s'appelle *un exoine de mort*, l'autre ne peut plus dès-lors faire aucunes procédures, & il ne peut être rendu aucun jugement, jusqu'à ce que l'instance ait été reprise par les héritiers ou autres successeurs du défunt, ou qu'ayant été assignés pour la reprendre, il ait été rendu un jugement qui ordonne qu'elle demeurera pour reprise ; les procédures qui auroient été faites depuis l'exoine de mort jusqu'à la reprise d'instance, ainsi que les jugemens qui auroient été rendus, sont nuls de plein droit, *d. tit. art.* 1 & 2. Tant que le décès n'est pas signi-

fié, les procédures faites par l'autre partie, quoique depuis le décès, ſont valables, *art.* 3, & il en eſt de même des jugemens qu'elle obtiendroit.

881. C'eſt auſſi une nullité dans un jugement qui procede de la part de la partie avec laquelle il a été rendu, lorſqu'elle a procédé pour un autre, ſans avoir qualité pour agir ou défendre pour lui.

Par exemple, ſi dans notre Coutume d'Orléans qui entre non-nobles fait perdre à la femme qui ſe remarie, la tutele de ſes enfans, & ne la fait pas paſſer au ſecond mari, ce ſecond mari, par une erreur dont j'ai vu des exemples, forme une demande pour leſdits enfans en la qualité de leur vitric, ou y défend, le jugement rendu ſur cette demande ſera nul par le défaut de qualité dans laquelle ce vitric a procédé.

Par la même raiſon, ſi un mari qui peut ſeul & ſans ſa femme intenter les actions mobiliaires de ſa femme & y défendre, croyant par erreur qu'il en eſt de même de celles qui concernent le fonds & la propriété des immeubles de ſa femme, a, ſans ſa femme en ſa qualité de mari, intenté leſdites actions, ou y a défendu, le jugement rendu avec lui dans cette qualité ſera nul.

Par la même raiſon, ſi un tuteur après le temps de ſa tutele fini, continuoit de procéder pour ſes mineurs devenus majeurs, la procédure & les jugemens rendus ſur cette procédure, ſeroient nuls par le défaut de qualité.

Mais ſi par le compte qu'il a rendu à ſon mineur il lui a tenu compte de ce que lui devoient ſes débiteurs, il peut en ſon propre nom, comme ayant les droits cédés de ſon mineur, pourſuivre leſdits débiteurs.

882. Lorſque j'ai donné une procuration ſpéciale à quelqu'un pour donner pour moi une demande, la demande doit être donnée en mon nom; ce ſeroit une mauvaiſe procédure ſi elle étoit donnée au nom de ce Procureur & en la qualité de Procureur fondé de ma procuration : de-là cette maxime qu'il n'y a que le Roi en France qui plaide par Procureur.

§. III.

Des Jugemens qui ſont nuls de la part des Juges qui les ont rendus, ou par l'inobſervation des formalités judiciaires.

883. Un jugement peut être nul de la part du Juge qui l'a rendu, lorſqu'il étoit ſans caractere, comme s'il n'avoit pas été reçu dans ſon office, s'il étoit interdit, s'il étoit incompétent.

Obſervez que la nullité qui réſulte de ces défauts n'a pas lieu de plein droit: il faut ſe pourvoir par la voie d'appel devant le Supérieur, pour la faire prononcer.

884. L'inobſervation de quelque formalité rend auſſi le jugement nul; comme lorſqu'on a rendu à l'Audience un jugement par défaut contre un défaillant qui ne s'eſt pas préſenté, & n'a pas conſtitué Procureur, avant qu'il ait été pris un défaut au Greffe des préſentations, ou avant l'expiration des délais. On peut apporter une infinité d'autres exemples.

Ces nullités n'ont pas lieu de plein droit; il faut ſe pourvoir par la voie d'appel ou d'oppoſition; ou lorſque c'eſt un Arrêt ou Jugement en dernier reſſort, par la voie de la Requête civile ou de la Requête Préſidiale; cette

eſpece de nullité étant une des cauſes qui y donne ouverture, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 855.

ARTICLE III.

Quelle eſt l'autorité de la choſe jugée.

885. L'autorité de la *choſe jugée* fait préſumer vrai & équitable tout ce qui eſt contenu dans le jugement; & cette préſomption étant *juris & de jure*, exclut toute preuve du contraire: *Res judicata pro veritate accipitur;* L. 207, ff. *de R. J.*

Par exemple, la partie qui a été condamnée à payer quelque choſe, eſt préſumée la devoir effectivement. Celui au profit de qui le jugement a été rendu, peut en conſéquence, après le lui avoir ſignifié, la contraindre à la payer, par la ſaiſie & vente de ſes meubles & immeubles, ſans qu'elle puiſſe être écoutée à offrir de faire la preuve qu'elle ne la doit pas.

Vice versâ, lorſque le jugement a donné congé ou mis hors de Cour ſur la demande d'une partie, les choſes qu'elle avoit demandées par cette demande, ſont tellement préſumées ne lui être pas dues, qu'elle ne peut plus déſormais être reçue à les demander. Il naît du jugement une exception qu'on appelle *exceptio rei judicatæ*, qui la rend non-recevable.

886. L'autorité de la *choſe jugée* ne permettant pas la preuve du contraire de ce qui a été jugé, la partie contre qui le jugement a été rendu n'eſt pas écoutée à offrir de juſtifier que le Juge eſt tombé dans quelque erreur même de ſimple calcul: *Res judicatæ ſi ſub prætextu computationis inſtaurentur, nullus erit litium, finis;* L. 2, *Cod. de re jud.*

Néanmoins ſi l'erreur de calcul ſe rencontroit dans le jugement même, cette erreur ſe reformeroit, *putà* comme ſi le jugement portoit: « Nous avons déclaré » Jacques débiteur envers Pierre d'une ſomme de cinquante livres pour telle » cauſe; plus d'une ſomme de vingt-cinq livres pour telle autre cauſe; leſdites » ſommes faiſant enſemble la ſomme de cent livres que nous avons condamné » Jacques de payer à Pierre: » l'erreur de calcul ſe trouvant en ce cas dans le jugement, ſe reformeroit d'elle-même, & Pierre ne pourroit pas exiger la ſomme de cent livres, mais ſeulement celle de ſoixante & quinze; L. 1, §. 1, ff. *quæ ſent. ſine appell.*

887. L'autorité de la *choſe jugée* exclut tellement la preuve du contraire, que la partie contre qui le jugement a été rendu n'y eſt pas reçue, quand même elle rapporteroit des pieces déciſives qu'elle n'auroit recouvrées que depuis le jugement: *Sub ſpecie novorum inſtrumentorum poſteà repertorum res judicatas reſtaurari exemplo grave eſt;* L. 4, *Cod. de re jud.*

Ce principe, que les *choſes jugées* ne peuvent être rétractées pour cauſe de pieces déciſives recouvrées depuis le jugement, recevoit par le Droit Romain une exception dans le cas auquel le jugement avoit été rendu dans une cauſe douteuſe, pour la déciſion de laquelle le Juge avoit déféré le ſerment ſupplétoire à la partie en faveur de qui il avoit été rendu: dans ce cas la partie qui avoit ſuccombé, pouvoit, pour cauſe de pieces déciſives recouvrées depuis, être reſtituée contre le jugement; L. 31, ff. *de jure jur.*

Cette exception au principe ne doit pas avoir lieu dans notre Droit Fran-

çois, car l'Ordonnance de 1667, *t.* 35, *art.* 34, n'admettant la partie contre qui l'Arrêt ou Jugement en dernier reſſort a été rendu, à ſe pourvoir contre par Requête civile, pour cauſe de pieces déciſives recouvrées depuis, que dans le cas auquel il paroîtroit qu'elles ont été retenues par le fait de l'autre partie; c'eſt une conſéquence qu'elle n'y peut être admiſe dans tous les autres cas.

ARTICLE IV.

A l'égard de quelles choſes a lieu l'autorité de la choſe jugée.

888. L'autorité de la *choſe jugée* n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

C'eſt pourquoi pour que la partie qui a été renvoyée ou miſe hors de Cour ſur la demande qu'elle avoit donnée contre moi, doive être excluſe d'une nouvelle demande qu'elle a donnée depuis contre moi, par l'exception *rei judicatæ*, qui naît de l'autorité de la *choſe jugée* qu'a le jugement qui m'a donné congé de ſa demande, il faut que ſa nouvelle demande ait le même objet qu'avoit la premiere dont le jugement m'a donné congé.

Il faut pour cela que trois choſes concourent, 1°. il faut qu'elle demande la même choſe qui avoit été demandée par la premiere demande dont on m'a donné congé. 2°. Il faut que par la nouvelle demande elle la demande pour la même cauſe pour laquelle elle l'avoit demandée par la premiere. 3°. Il faut qu'elle la demande dans la même qualité, & qu'elle la demande contre moi dans la même qualité dans laquelle nous procédions ſur la premiere.

Quum quæritur hæc exceptio (rei judicatæ) noceat necne; inſpiciendum eſt an idem corpus ſit, quantitas eadem, idem jus; & an eadem cauſa petendi, & eadem conditio perſonarum; quæ niſi omnia concurrant, alia res eſt; L. 12; L. 13; L. 14, ff. *de except. rei jud.*

Au reſte, lorſque ces trois choſes concourent, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il n'importe que ce ſoit *eodem an diverſo genere judicii*, que la queſtion terminée par le jugement ſoit renouvellée.

§. I.

De ce qui eſt requis en premier lieu, ut ſit eadem res.

889. Ce principe que pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il faut que la choſe demandée ſoit la même choſe qui avoit été démandée par la premiere demande dont on a donné congé, ne doit pas être entendu trop littéralement; *Idem corpus in hâc exceptione non utique omni priſtinâ qualitate ſervatâ, nullâ adjectione, diminutioneve factâ, ſed pinguius pro communi utilitate accipitur*; L. 14, *v°. idem corpus* ff. *de except. rei jud.*

Par exemple, quoique le troupeau que je vous demande aujourd'hui, ne ſoit pas compoſé des mêmes bêtes dont il étoit compoſé lors de la premiere demande que j'en ai faite dont le jugement a donné congé, je n'en ſuis pas moins cenſé demander la même choſe, & en conſéquence non-recevable en ma demande: *Si petiero gregem (& vidus fuero) & vel auctu vel minuto numero gregis, iterum eumdem gregem petam, obſtabit mihi exceptio*; L. 21, §. 1, ff. *d. t.*

890. Je ſuis pareillement cenſé demander la même choſe, lorſque je demande quelque choſe qui en faiſoit partie; *ſed & ſi ſpeciale corpus ex grege petam, ſi adfuit in eo grege, peto obſtaturam exceptionem*; *d.* L. 21, §. 1.

C'eſt ce que nous enſeigne Ulpien: *Si quis quum totum petiſſet, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto eſt; eadem enim res accipitur, & ſi pars petatur ejus quod totum petitum eſt; nec intereſt utrum in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure*; L. 7, ff. *de except. rei jud.*

891. Je ſuis encore cenſé demander la même choſe que j'avois demandée par ma premiere demande, dont le jugement a donné congé, lorſque je demande une choſe qui eſt provenue, & qui ne m'appartiendroit, ou ne me ſeroit due qu'autant que celle dont elle provient, & que j'ai demandée par ma premiere demande, m'auroit appartenu, ou m'auroit été due.

Par exemple, ſi dans nos colonies j'ai donné demande contre vous pour que fuſſiez tenu de me donner la Négreſſe Catherine, que je prétendois avoir achetée de vous, & en avoir payé le prix, & que n'ayant pu juſtifier ce prétendu achat, il ait été donné congé de ma demande par un jugement en dernier reſſort, je ne ſerai pas recevable à vous demander ſur le même fondement, l'enfant dont elle eſt accouchée; car cet enfant ne pouvant m'être dû qu'autant que la mere m'auroit été due, ce ſeroit renouveller la queſtion qui a été terminée par le jugement: *Si ancillam petiero (ſupple & victus fuero) & poſt litem conteſtatam conceperit & pepererit, mox partum ejus petam, utrum idem petere videor? & quidem ita definiri poteſt, toties eamdem rem agi quoties apud Judicem poſteriorem id quæritur quod apud priorem quæſitum eſt: in his igitur ferè omnibus exceptio (rei judicatæ) nocet*; *d.* L. 7, §. 1.

892. Par la même raiſon, ſi j'ai ſuccombé dans la demande d'une ſomme principale, je ne dois pas être recevable à demander les intérêts de cette ſomme; car ces intérêts ne peuvent m'être dus, ſi la ſomme principale ne m'eſt pas due.

Il n'en eſt pas de même dans le cas inverſe: quoique j'aie ſuccombé dans la demande des intérêts d'une ſomme, je ne laiſſe pas d'être reçu dans la demande de cette ſomme; car de ce que les intérêts n'en ſont pas dus, il ne s'enſuit pas que la ſomme principale ne puiſſe m'être due: *Si in judicio actum ſit, uſuræque ſolæ petitæ ſint; non eſt verendum ne noceat exceptio rei judicatæ*; L. 23, ff. *d. tit.*

893. Si j'ai ſuccombé dans la demande que j'ai donnée contre vous pour un droit de paſſage pour les gens de pied, que je prétendois ſur votre héritage, & que je donne demande contre vous pour un droit de paſſage pour les bêtes de ſomme que je prétends ſur ledit héritage, dois-je être cenſé demander la même choſe, que ce que j'avois demandé par ma premiere demande dont on a donné congé, & pouvez-vous en conſéquence m'oppoſer l'exception *rei judicatæ?* La raiſon de douter pour l'affirmative, eſt que le droit que je demande aujourd'hui, paroît renfermer celui que j'ai demandé par ma premiere demande dont on a donné congé, puiſque quiconque a le droit de faire paſſer des bêtes de ſomme, a auſſi le droit de faire paſſer des gens de pied; & qu'ayant été jugé que je n'ai pas le droit de faire paſſer des gens de pied, il s'enſuit qu'à plus forte raiſon je n'ai pas celui de faire paſſer des bêtes de ſomme. La raiſon de décider au contraire qu'il n'y a pas lieu à l'exception *rei judicatæ*, eſt que ces droits étant des eſpeces

eſpeces différentes de droits de ſervitude, la demande qui a pour objet l'un de ces droits, a un objet différent de celui de la demande qui a pour objet l'autre eſpece de droit de ſervitude; on ne peut donc pas dire que je demande la méme choſe que j'avois déja demandée, ni par conſéquent m'oppoſer l'exception *rei judicatæ*. Quant à ce qu'on oppoſe, qu'ayant été jugé que je n'ai pas le droit de faire paſſer des gens de pied, il a été jugé qu'à plus forte raiſon je n'avois pas celui d'y faire paſſer des bêtes de ſomme : je réponds qu'il a été jugé que je n'avois pas le droit de faire paſſer des gens de pied, ni à plus forte raiſon des bêtes de ſomme, en vertu du droit de ſimple paſſage pour les gens de pied qu'on a jugé ne me pas appartenir. Mais de ce que je n'ai pas le droit de ſimple paſſage pour les gens de pied, il ne s'enſuit pas que je ne puiſſe avoir une autre eſpece de ſervitude pour le paſſage des bêtes de ſomme dont il ne s'agiſſoit point lors de ma premiere demande, & que je demande aujourd'hui; c'eſt ce que décide Ulpien : *Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortiùs defendendum aliud videri tunc petitum, aliud nunc, & ideò exceptionem rei judicatæ ceſſare.* L. 11, §. 6, ff. *d. tit.*

Il faut décider autrement, lorſque le droit de ſervitude que je demande, eſt la méme eſpece de ſervitude que j'avois prétendue par ma premiere demande dont on a donné congé, quoique je la prétende plus conſidérable que je ne la prétendois alors. Africain apporte cet exemple : *Egi tecum jus mihi eſſe ædes meas uſque ad decem pedes altiùs tollere; poſt ago jus mihi eſſe uſque ad viginti pedes altiùs tollere; exceptio rei judicatæ procul dubio obſtabit : ſed & ſi rurſus ita agam jus mihi eſſe ad alios decem pedes tollere, obſtabit exceptio; cùm aliter ſuperior pars jure haberi non poſſit, quàm ſi inferior quoque jure habeatur;* L. 26, ff. *d. tit.*

§. II.

De ce qui eſt requis en ſecond lieu ut ſit eadem cauſa petendi.

894. Pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il ne ſuffit pas que la choſe que vous me demandez, ſoit la même que vous m'aviez demandée par votre premiere demande dont on m'a donné congé : il faut que vous la demandiez pour la méme cauſe pour laquelle vous l'aviez demandée, *oportet ut ſit eadem cauſa petendi.*

Il y a à cet égard une différence à obſerver entre les actions perſonnelles & les actions réelles.

Quoique j'aie ſuccombé dans une action perſonnelle, par laquelle je vous demandois une choſe que je prétendois m'étre due par vous, en vertu d'une certaine cauſe d'obligation, cela ne m'exclut pas de vous demander la méme choſe que je prétends m'étre par vous due, en vertu d'une autre cauſe d'obligation.

Finge : J'ai fait un marché avec vous par lequel nous ſommes convenus que pour un certain ouvrage que je devois faire pour vous, & que j'ai fait depuis, vous me donneriez la ſomme de deux cens livres, ou votre cheval, à mon choix : depuis vous m'avez vendu votre cheval pour un certain prix : j'ai donné contre vous l'action *ex empto* pour que vous fuſſiez condamné à me

le livrer; & n'ayant pu juſtifier la vente que vous m'en avez faite, il a été donné congé de ma demande par un Jugement rendu en dernier reſſort : cela ne m'exclut pas de vous demander le même cheval par l'action *præſcriptis verbis*, qui naît du marché que nous avons fait enſemble pour l'ouvrage que j'ai fait pour vous.

Au contraire, dans les actions réelles, ſi j'ai revendiqué une certaine choſe que vous poſſédiez & que je prétendois m'appartenir, le Jugement qui a donné congé de ma demande, m'exclut de pouvoir former contre vous une nouvelle demande, par laquelle je vous conteſterois de nouveau la propriété de cette choſe, quand même je prétendrois juſtifier qu'elle m'appartient par d'autres moyens que ceux que j'ai propoſés lors de la premiere demande dans laquelle j'ai ſuccombé.

La raiſon de différence eſt que la même choſe peut m'être due en vertu de pluſieurs différentes cauſes d'obligations, & j'ai autant de créances différentes de cette choſe, & autant d'actions différentes contre mon débiteur, qu'il y a de différentes cauſes d'obligations d'où elles naiſſent, leſquelles différentes actions renferment autant de queſtions différentes. Le Jugement qui a donné congé de ma demande ſur l'une de ces actions, n'a rien ſtatué ſur les autres actions que je puis avoir, & ſur les queſtions qu'elles renferment, & ne peut pas par conſéquent m'exclure de les intenter. Le Jugement qui a jugé ſur l'action *ex empto* que j'ai donnée contre vous, que vous ne me deviez pas en vertu d'un contrat de vente la choſe que je vous demandois, n'établit pas que vous ne me la devez pas en vertu d'un autre contrat, & ne m'exclut pas par conſéquent de vous la demander par un autre action qui naît de cet autre contrat.

Il n'en eſt pas de même du droit de propriété. Si on peut avoir différentes créances d'une même choſe, on ne peut au contraire avoir qu'un ſeul & même droit de propriété d'une même choſe; c'eſt pourquoi lorſque par un Jugement qui vous a donné congé de ma demande en revendication d'une certaine choſe, il a été jugé que la propriété de cette choſe ne m'appartenoit pas, je ne puis plus avoir d'autres actions contre vous pour réclamer cette propriété; ce ſeroit renouveller la même queſtion qui a été terminée par le Jugement: car cette queſtion étoit uniquement de ſçavoir ſi la choſe m'appartenoit, ou non: il n'importe que j'aie omis de propoſer quelque moyen par lequel je pouvois établir mon droit de propriété, il ſuffit qu'il ait pu être propoſé.

C'eſt ce que nous enſeigne Paul : *Actiones in perſonam ab actionibus in rem in hoc differunt, quod cùm eadem res ab eodem mihi debeatur, ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at quum in rem ago non expreſſâ cauſâ ex quâ rem meam eſſe dico, omnes cauſæ unâ petitione apprehenduntur ; neque enim ampliùs quàm ſemel res mea eſſe poteſt, ſæpiùs autem deberi poteſt ;* L. 14, §. 2, ff. *de exc. rei jud.*

Delà cette regle de Droit : *Non ut ex pluribus cauſis deberi nobis idem poteſt, ita ex pluribus cauſis idem poſſit noſtrum eſſe ;* L. 159, ff. *de R. J.*

895. Ce que nous venons de dire à l'égard de l'action réelle, n'a lieu que lorſqu'elle a été donnée d'une maniere générale & ſans reſtriction ; mais ſi j'avois reſtreint la demande que j'ai donnée, à un certain moyen, par lequel je

me prétendois propriétaire d'une choſe, le Jugement qui a jugé que je n'étois pas fondé dans ce moyen, ne m'excluroit pas de pouvoir revendiquer la même choſe par les autres moyens par leſquels je prétends pouvoir établir qu'elle m'appartient.

Par exemple, ſi étant celui que la Loi appelle *ab inteſtat* à la ſucceſſion de mon parent, j'ai accuſé de faux ſon teſtament, ou ſi je l'ai querellé d'inofficioſité, & revendiqué en conſéquence l'hérédité contre l'héritier teſtamentaire qui en étoit en poſſeſſion; quoique j'aie ſuccombé dans l'accuſation de faux, ou dans la querelle d'inofficioſité, cela ne m'exclura pas de pouvoir former de nouveau la demande en pétition d'hérédité par d'autres moyens: *Etſi quæſtionis titulus prior inofficioſi teſtamenti cauſam habuiſſet, judicatæ rei præſcriptio non obſtaret, eamdem hereditatem ex alia cauſa vindicanti*; L. 3, *Cod. de petit. hered.*; *adde* L. 47, ff. *de pet. hered.*

896. Quelque générale qu'ait été ma premiere demande en revendication d'une choſe, le Jugement qui en a donné congé ne m'exclut pas de former de nouveau une demande en revendication, lorſque je prétends en être devenu propriétaire par un titre ſurvenu depuis le Jugement; car ce Jugement en jugeant que je n'étois pas alors propriétaire de cette choſe, n'établit pas que je n'aie pu en acquérir depuis la propriété. La queſtion qui doit faire l'objet de la nouvelle demande, qui eſt de ſçavoir ſi le titre ſurvenu depuis le Jugement m'a fait acquérir la propriété de cette choſe, eſt une queſtion différente de celle qui a fait l'objet de la premiere; car c'eſt un principe qu'il n'y a lieu à l'exception *rei judicatæ*, que lorſqu'on renouvelle la même queſtion qui a été terminée par le Jugement rendu ſur la premiere.

§. III.

De la troiſieme choſe requiſe ut ſit eadem conditio perſonarum.

897. La troiſieme choſe requiſe pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, eſt qu'il faut que celui qui me demande la même choſe qu'il m'avoit déja demandée par une premiere demande, dont le Jugement m'a donné congé, me forme cette nouvelle demande dans la même qualité dans laquelle il a donné la premiere; & il faut pareillement qu'il donne cette demande contre moi dans la même qualité dans laquelle je procédois ſur l'autre demande. Par exemple, ſi en ma ſeule qualité de tuteur d'un mineur, je vous ai demandé une certaine choſe, le Jugement qui vous en a donné congé, ne m'exclura pas de vous demander en mon nom la même choſe, *& vice verſâ*; car lorſque j'ai été partie ſur la premiere demande en qualité de tuteur, je n'étois pas proprement partie, c'étoit mon mineur qui l'étoit par mon miniſtere: la nouvelle demande que je donne en mon nom n'eſt donc pas *entre les mêmes parties*, & elle ne peut par conſéquent être excluſe par l'autorité de la choſe jugée ſur la premiere demande: cette autorité ne pouvant avoir lieu qu'entre les mêmes parties entre leſquelles le Jugement a été rendu, comme nous le verrons en l'article ſuivant.

§. IV.

Qu'il n'importe que ce ſoit eodem an diverſo genere judicii.

898. Pourvu que les trois choſes que nous avons expliquées dans les paragraphes précédens, concourent, il n'importe pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, que la queſtion qui a été terminée par un Jugement qui a l'autorité de *choſe jugée*, ſoit renouvellée *eodem an diverſo genere judicii.* C'eſt ce que nous apprend le Juriſconſulte : *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obſtat, quoties inter eaſdem perſonas eadem quæſtio revocatur vel alio genere judicii*; L. 7, §. 4, ff. *de excepț. rei judic.*

On peut apporter pluſieurs exemples de ce principe : *ſinge*, vous avez intenté contre moi l'action *quantò minoris*, pour que je fuſſe condamné de vous faire une diminution ſur le prix d'un certain cheval que je vous ai vendu, que vous diſiez avoir un certain vice dont vous me prétendiez garant; on a jugé ou que le cheval n'avoit pas ce vice, ou que c'étoit un vice dont le vendeur n'étoit pas garant, & on m'a donné congé de votre demande : ſi depuis vous donnez contre moi l'action redhibitoire pour raiſon du même cheval & du même vice pour me faire condamner à le reprendre, je pourrai vous oppoſer l'exception *rei judicatæ*, qui naît du Jugement qui m'a donné congé de votre demande, quoique cette nouvelle demande que vous formez contre moi, ſoit une autre eſpece d'action, & que vous preniez des concluſions différentes: les trois choſes requiſes pour cette exception concourent : c'eſt le même cheval qui fait l'objet de votre premiere demande ſur laquelle le Jugement a été rendu, qui fait l'objet de celle-ci; c'eſt *eadem res*, c'eſt auſſi *eadem cauſa petendi*; car la queſtion ſur cette nouvelle demande eſt comme ſur la premiere, de ſçavoir ſi je ſuis garant du vice dont vous vous plaignez; & cette queſtion ſe renouvelle *inter eaſdem perſonas*, ce qui ſuffit pour qu'il y ait lieu à l'exception : la différence de l'action & des concluſions n'empêche pas que cette nouvelle demande n'ait le même objet que la premiere, & ne ſoit *eadem res : Cùm quis actionem mutat & experitur, dummodò de eâdem re experiatur, etſi diverſo genere actionis quam inſtituit, videtur de eâdem re agere*; L. 5, ff. *d. tit.*

ARTICLE V.

Entre quelles perſonnes a lieu l'autorité de la choſe jugée.

899. L'autorité de la choſe jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties entre leſquelles le Jugement a été rendu : elle ne donne aucun droit, ni à des tiers ni contre des tiers étrangers, *Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium ſolent irrogare*; L. 2, *Cod. quib. res jud. non noc. Sæpè conſtitutum eſt res inter alios judicatas aliis non præjudicare*; L. 63, *de re jud.*

Pour faire l'application de ce principe, il faut examiner préſentement à l'égard de quelles perſonnes la choſe jugée eſt cenſée jugée entre les mêmes parties, de maniere qu'elle puiſſe faire loi entr'elles; & à l'égard de quelles

perſonnes au contraire la choſe jugée eſt cenſée *res inter alios judicata*, dont il ne puiſſe naître aucun droit, ni en leur faveur, ni contr'elles.

900. La choſe eſt cenſée jugée entre les mêmes parties, non-ſeulement à l'égard des perſonnes qui ont été parties par elles-mêmes, mais à l'égard de celles qui ont été parties par leurs tuteurs, curateurs, ou autres légitimes adminiſtrateurs, qui avoient qualité pour intenter leurs actions, & pour y défendre.

Par exemple, ſi le tuteur d'un mineur, en ſa qualité de tuteur, a donné une demande contre moi, dont le Juge m'a donné congé; & que ce mineur, devenu majeur, intente contre moi la même demande, je puis le faire déclarer non-recevable par l'exception *rei judicatæ*; car le Jugement rendu contre le tuteur eſt réputé rendu contre le mineur, qui étoit la véritable partie, par le miniſtere de ſon tuteur.

Par la même raiſon, ſi des Fabriciers d'une certaine Paroiſſe, en cette qualité de Fabriciers, ont donné une demande contre moi dont on m'a donné congé, & que leurs ſucceſſeurs intentent de nouveau la même demande contre moi, je les ferai déclarer non-recevables par l'exception *rei judicatæ*; car c'étoit la Fabrique qui étoit partie dans le Jugement, qui m'a donné congé de la demande de ces Fabriciers, & elle ne peut plus par conſéquent renouveller par le miniſtere de ſes nouveaux Fabriciers, une demande terminée par un Jugement où elle étoit partie par le miniſtere de leurs prédéceſſeurs.

901. Les ſucceſſeurs des parties ſont cenſés *les mêmes parties* que les perſonnes auxquelles ils ont ſuccédé : c'eſt pourquoi la choſe jugée eſt à leur égard réputée *entre les mêmes parties*, & a par conſéquent en leur faveur ou contr'eux la même autorité de choſe jugée, qu'elle auroit eu en faveur de la partie à qui ils ont ſuccédé, ou contr'elle.

Par exemple, le Jugement qui m'a donné congé de votre demande, donne à mes héritiers auſſi-bien qu'à moi l'exception *rei judicatæ* contre vos héritiers auſſi-bien que contre vous, s'ils renouvelloient la même demande.

902. Cela ne peut être douteux à l'égard des héritiers & autres ſucceſſeurs univerſels qui ſont *hæredum loco*. Dans les matieres réelles, celui qui a ſuccédé, quoiqu'à titre ſingulier, à l'une des parties à la choſe qui a fait l'objet du procès, eſt auſſi cenſé la même partie.

Par exemple, ſi vous avez donné demande en revendication d'un certain héritage contre Pierre, le jugement qui a donné à Pierre congé de votre demande, donnera à celui qui a acheté cet héritage de Pierre, l'exception *rei judicatæ* contre la demande en revendication de cet héritage, que vous renouvelleriez contre lui, cet acheteur étant à cet égard cenſé être la même partie que Pierre à qui il a ſuccédé; L. 11, §. 3, ff. *de exc. jud.*

Par la même raiſon, ſi j'ai eu conteſtation avec le propriétaire d'un héritage voiſin pour lui faire détruire un ouvrage par lequel je prétendois qu'il renvoyoit les eaux de ſon héritage ſur le mien, & qu'apres le jugement rendu ſur cette conteſtation, il ait vendu ſon héritage, ou moi le mien, le jugement rendu entre nous donnera à l'acheteur l'exception *rei judicatæ*: ſi on renouvelle contre lui la conteſtation pour raiſon de cet ouvrage, on donnera cette exception contre lui, ſi c'eſt lui qui la renouvelle; *d. Leg.* §. 2.

903. Les Loix citées ſont dans l'eſpece d'un acheteur; il ne doit pas être

douteux à l'égard d'un acheteur, que lorſque la demande eſt renouvellée contre lui, il y a lieu à l'exception *rei judicatæ* qu'eût pu oppoſer ſon vendeur ; puiſque cette action réfléchit contre le vendeur, qui doit défendre l'acheteur & prendre ſon fait & cauſe.

Quoique cette raiſon ceſſe à l'égard des ſucceſſeurs à titre lucratif auxquels il n'eſt pas dû de garantie, il faut néanmoins décider qu'ils doivent être réputés la même partie, que celui à qui ils ont ſuccédé à l'héritage qui a fait l'objet du jugement, & qu'ils peuvent, de même que lui, oppoſer l'autorité de la choſe jugée qui réſulte de ce jugement à la partie contre qui il a été vendu.

Par exemple, ſi j'ai fait juger contre vous que mon héritage ne vous appartenoit pas, ou qu'il n'étoit pas ſujet à un certain droit de ſervitude auquel vous le prétendiez ſujet, & que vous formiez contre celui à qui j'ai fait depuis donation de cet héritage, une nouvelle demande ; ſoit pour le revendiquer, ſoit pour y prétendre le même droit de ſervitude, le donataire, comme étant à mes droits, pourra vous oppoſer l'exception *rei judicatæ*.

La raiſon eſt, que de même que lorſque nous faiſons quelque convention, par rapport à une choſe qui nous appartient, nous ſommes cenſés ſtipuler tant pour nous que pour tous ceux qui nous ſuccéderont à cette choſe, leſquels ſont compris ſous le terme d'*ayant cauſe*, & qu'en conſéquence, le droit qui réſulte de cette convention paſſe à tous noſdits ſucceſſeurs ou ayans cauſe, comme nous l'avons vu *ſuprà*, au commencement de ce Traité, *n.* 67 & 68 : de même, lorſque nous plaidons par rapport à une certaine choſe qui nous appartient, nous ſommes cenſés plaider tant pour nous que pour tous nos ayans cauſe & ſucceſſeurs à cette choſe ; & le droit qui réſulte du jugement qui eſt rendu ſur cette conteſtation, doit paſſer à tous nos ſucceſſeurs & ayans cauſe, *eadem enim debet eſſe ratio judiciorum in quibus videmur quaſi contrahere, ac conventionum.*

904. De même que le ſucceſſeur peut oppoſer le jugement qui a été rendu au profit de ſon auteur, comme nous venons de le voir ; de même *vice verſâ*, on peut oppoſer au ſucceſſeur le jugement rendu contre ſon auteur, pourvu néanmoins qu'il n'ait ſuccédé à ſon auteur que depuis le procès ſur lequel a été rendu le jugement contre ſon auteur. *Finge*, Pierre a donné contre vous une demande en revendication d'un certain héritage, dont il vous a été donné congé ; Pierre enſuite m'a conſtitué une hypotheque ſpéciale ſur cet héritage : ſi je donne contre vous une action hypothécaire pour me délaiſſer cet héritage, & que je demande à prouver que Pierre mon débiteur en étoit le propriétaire, & m'y a valablement conſtitué un droit d'hypotheque, vous pouvez m'oppoſer l'exception *rei judicatæ* réſultante du jugement que vous avez obtenu contre Pierre mon auteur, qui, en vous donnant congé de ſa demande, a jugé qu'il ne lui appartenoit pas, & qu'il n'a pu par conſéquent me l'hypothéquer.

Il en ſeroit autrement, ſi Pierre m'avoit conſtitué cette hypotheque dès avant le procès qu'il a eu contre vous ; vous ne pourrez pas en ce cas m'oppoſer le jugement que vous avez obtenu contre lui ; car ce jugement qui a jugé que Pierre n'étoit pas alors propriétaire de l'héritage, ne décide pas qu'il n'ait pu l'être auparavant, lorſqu'il m'y a conſtitué un droit d'hypo-

theque ; & en juſtifiant par moi qu'il en étoit propriétaire alors, cela ſuffit pour que mon action hypothécaire procede contre vous, quoiqu'il eût depuis ceſſé de l'être, & qu'il ne le fût plus lors du procès qu'il y a eu entre vous & lui ; L. 11, §. 10, ff. *de except. rei jud.* ; L. 3, ff. *de pign. & hyp.*

905. Quoiqu'un jugement ſoit cenſé avoir été rendu avec le ſucceſſeur, lorſqu'il l'a été avec ſon auteur, on ne peut pas dire de même, que celui qui eſt rendu avec le ſucceſſeur, doive être cenſé rendu avec ſon auteur.

C'eſt pourquoi le jugement rendu avec le ſucceſſeur, ni l'exception *rei judicatæ* qui en réſulte, ne peuvent être oppoſés contre ſon auteur, ni par ſon auteur : *Julianus ſcribit ; exceptionem rei judicatæ à perſonâ autoris ad emptorem tranſire ſolere ; retrò autem ab emptore ad autorem reverti non debere* ; L. 9, §. 2, ff. *de excep. rei jud.*

Il en rapporte cet exemple : *Si hereditariam rem vendideris, ego eamdem ab emptore petiero & vicero ; petenti tibi non opponam exceptionem. AT SI EA RES JUDICATA NON SIT inter me & eum cui vendidiſti* ; d. §.

Item ſi victus fuero ; tu adversùs me exceptionem non habebis ; L. 10.

906. Nous avons établi qu'un jugement étoit vis-à-vis de quelqu'un cenſé rendu *entre les mêmes parties*, ſoit qu'il eût été partie lui-même dans le procès ſur lequel le jugement eſt intervenu, ſoit que ſon auteur y eût été partie. Au contraire, vis-à-vis de ceux qui n'ont été parties, ni eux-mêmes, ni par leurs auteurs, ce jugement eſt *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être oppoſé par la partie en faveur de qui il a été rendu, & qu'ils ne peuvent oppoſer à la partie contre qui il a été rendu. Cela a lieu, quoique la queſtion qu'ils ont enſemble ſoit la même que celle qui a été jugée par ce jugement, quoiqu'elle ſe décide par les mêmes moyens, & même quoiqu'elle dépende d'un même fait.

C'eſt ce qui paroîtra par cet exemple que rapporte Paul : j'ai confié une certaine ſomme à une perſonne qui a laiſſé pluſieurs héritiers ; ayant demandé à l'un deſdits héritiers la reſtitution de cette ſomme pour la part dont il en étoit tenu, le Juge n'ayant pas fait aſſez d'attention aux preuves ſur leſquelles j'établiſſois ce dépôt, lui a donné congé de ma demande. Si je demande aux autres héritiers la reſtitution des parts dont ils ſont tenus de cette ſomme, ils ne pourront pas m'oppoſer le jugement qui a donné à leur cohéritier congé de ma demande, parce que ce jugement où ils n'ont pas été parties, eſt à leur égard *res inter alios judicata*, qui ne peut leur donner aucun droit, quoique la queſtion ſoit la même que celle qui a été jugée contre moi par ce jugement au profit de leur cohéritier, & qu'elle dépende des mêmes faits, qui eſt de ſçavoir ſi j'ai effectivement confié cette ſomme au défunt, & ſi elle ne m'a pas été rendue ; *Si cum uno herede depoſiti actum ſit, tamen & cum cæteris heredibus rectè agetur ; nec exceptio rei judicatæ eis proderit ; nam etſi eadem quæſtio in omnibus judiciis vertitur, tamen perſonarum mutatio cum quibus ſingulis ſuo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit* ; L. 22, ff. *de excep. rei jud.*

Ce principe que l'autorité de *la choſe jugée* n'a pas lieu à l'égard des perſonnes qui n'ont pas été parties, & qui ne ſont pas les ſucceſſeurs de quelqu'une des parties, tient à un autre principe que nous avons établi en l'arti-

cle précédent, que l'autorité de *la choſe jugée* n'a lieu qu'à l'égard de la choſe même ſur laquelle le jugement a ſtatué.

Par exemple, dans l'eſpece ci-deſſus rapportée, ſi le jugement qui a donné congé à l'un des héritiers du débiteur, de la demande d'un créancier du défunt, pour la part dont on le prétendoit tenu de cette dette, n'a pas l'autorité de *choſe jugée* en faveur des autres héritiers, pour les parts dont on les en prétend tenus; ce n'eſt pas ſeulement parce que c'eſt *res inter alios judicata*, c'eſt auſſi parce que ce qu'on leur demande n'eſt pas la même choſe que ce qui a fait l'objet du jugement rendu au profit de leur cohéritier; car les parts de la dette qu'on leur demande, ſont bien les parts d'une même dette, mais ce ne ſont pas la même part de cette dette qui a été demandée à leur cohéritier. Le jugement rendu au profit de leur cohéritier, n'a ſtatué que ſur cette part, & ne peut avoir par conſéquent l'autorité de *choſe jugée*, à l'égard des autres parts qui leur ſont demandées. C'eſt ce que veut dire le Juriſconſulte en la Loi ci-deſſus citée : *Mutatio perſonarum cum quibus ſingulis ſuo nomine agitur aliam atque aliam rem facit.*

Pareillement, lorſqu'un créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, le débiteur qui a eu congé de la demande que l'un des héritiers a donnée pour ſa part, ne peut pas oppoſer ce jugement contre les demandes que les autres héritiers font de leurs parts, ce jugement étant *res inter alios judicata*, & n'étant pas même *eadem res*; car ces parts que demandent les autres héritiers, quoique parts d'une même créance, ne ſont pas la même part que celle qui a fait l'objet & la matiere du jugement.

907. Il n'en eſt pas de même lorſque la choſe due a pluſieurs héritiers ou autres perſonnes copropriétaires, eſt quelque choſe d'indiviſible, tel qu'eſt un droit de ſervitude; cette choſe n'étant pas ſuſceptible de parts, chacun d'eux eſt créancier du total, ou copropriétaire du total. C'eſt pourquoi le jugement rendu ſur la demande que l'un d'eux a faite de cette choſe, a eu pour objet la même choſe que la demande qu'en feroient les autres; c'eſt *eadem res* : on peut auſſi dire que ce jugement n'eſt pas *res inter alios judicata*, à l'égard des autres créanciers ou propriétaires de cette choſe; car l'indiviſibilité de leur droit avec le ſien, les fait regarder comme étant avec lui une même partie; c'eſt pourquoi ce jugement a à leur égard l'autorité de *choſe jugée* : lorſqu'il a été rendu en faveur de leur copropriétaire ou cocréancier, ils peuvent de même que lui s'en ſervir contre la partie contre qui il a été rendu; & s'il a été rendu contre leur copropriétaire ou cocréancier, il peut être oppoſé contre eux comme contre lui.

Néanmoins ſi le jugement avoit été rendu par colluſion, la Loi leur permettoit de renouveller le procès : *Si de communi ſervitute quis bene quidem deberi intendit, ſed aliquo modo litem perdidit culpâ ſuâ, non eſt æquum hoc cæteris damno eſſe, ſed ſi per colluſionem ceſſit litem adverſario; cæteris dandam eſſe actionem de dolo* (c'eſt-à-dire, comme l'explique fort bien la Gloſſe, *replicationem de dolo contrà exceptionem rei judicatæ*); L. 19, ff. *ſi ſerv. vind.*

Suivant nos uſages, le jugement rendu contre l'un de pluſieurs créanciers ou copropriétaires d'un droit indiviſible, peut, à la vérité, être oppoſé aux autres; mais ſans qu'ils aient beſoin d'alléguer la colluſion, ils peuvent en interjetter

interjetter appel, quoique celui contre qui il a été rendu, y eût acquieſcé; & ſi c'eſt un jugement en dernier reſſort, ils y peuvent former oppoſition en tiers.

Pareillement, entre pluſieurs débiteurs d'une choſe indiviſible, l'indiviſibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie, & fait en conſéquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres, ſauf que ceux qui n'ont pas été parties par eux-mêmes, peuvent ſe pourvoir contre par la voie de l'appel ou de l'oppoſition en tiers, comme il a été dit ci-deſſus.

908. La dépendance de l'obligation d'une caution de celle du débiteur principal, à laquelle elle a accédé, fait auſſi regarder la caution comme étant la même partie que le débiteur principal a à l'égard de tout ce qui eſt jugé pour ou contre le débiteur principal.

C'eſt pourquoi, ſi le débiteur principal a eu congé de la demande du créancier, pourvu que ce ne ſoit pas ſur des moyens perſonnels à ce débiteur principal, la caution depuis pourſuivie peut oppoſer au créancier l'exception *rei judicatæ: Si pro ſervo meo fidejuſſoris, & mecum de peculo actum eſt, (ſupple & judicatum ſit nihil à ſervo meo deberi) ſi poſteà tecum eo nomine agatur, excipiendum eſt de re judicatâ*; L. 21, §. 4, *de except. rei jud.*

Le créancier ne peut en ce cas repliquer que c'eſt *res inter alios judicata*; car étant de l'eſſence du cautionnement, que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puiſſe devoir que ce qu'il doit, qu'elle puiſſe oppoſer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui oppoſées, il s'enſuit que tout ce qui eſt jugé en faveur du débiteur principal, doit cenſé l'être en faveur de la caution, qui doit à cet égard être cenſée la même partie que lui.

Vice verſâ, lorſque le jugement a été rendu contre le débiteur principal, le créancier peut l'oppoſer à la caution, & demander qu'il ſoit exécutoire contre lui; mais la caution eſt reçue à appeller de ce jugement; ou s'il eſt rendu en dernier reſſort, à y former oppoſition en tiers; *admittuntur ad provocandum fidejuſſores pro eo pro quo intervenerunt*; L. 5, §. 1, *item fidejuſſores*, ff. *de appell.*

909. Suivant les principes du Droit Romain, le droit des légataires dépendant de celui de l'héritier inſtitué, le jugement rendu contre l'héritier inſtitué, qui a déclaré le teſtament nul, n'eſt pas regardé vis-à-vis de ces légataires comme *res inter alios judicata*, & peut leur être oppoſé, la dépendance du droit de ces légataires de celui de l'héritier, les faiſant regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même partie avec l'héritier; mais ils ſont reçus à en appeller; L. 5, §. 1 & 2, ff. *de appell.*; ou lorſque le jugement eſt en dernier reſſort, à y former oppoſition en tiers.

Il en eſt autrement d'un jugement qui, ſur la demande d'un légataire, auroit, en déclarant le teſtament nul, donné congé de ſa demande; ce jugement eſt à l'égard des autres légataires *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être oppoſé, & dont ils n'ont pas beſoin d'appeller; L. 1, ff. *de except. rei jud.* La raiſon de différence eſt que le droit des légataires ne dépend pas du droit de celui de leur colégataire, contre qui le jugement a été rendu;

au-lieu qu'il dépend du droit de l'héritier inſtitué : *Cùm ab inſtitutione heredis pendeant omnia quæ teſtamento continentur.*

SECTION IV.

Du Serment.

910. Il y a trois eſpeces principales de ſerment, qui ſont uſitées dans les procès civils ; 1°. le ſerment qu'une partie défere, ou réfere à l'autre, pour en faire dépendre la déciſion de la cauſe, & qui eſt pour cet effet appellé *ſerment déciſoire*, 2°. le ſerment que doit faire la partie qui eſt interrogée ſur faits & articles, 3°. le ſerment que le Juge défere de ſon propre mouvement à l'une des parties, ſoit pour décider la cauſe, ſoit pour fixer ou déterminer la quantité de la condamnation ; il eſt appellé *juramentum judiciale.*

ARTICLE PREMIER.

Du Serment déciſoire.

911. Le ſerment déciſoire eſt, comme nous l'avons dit, celui qu'une partie défere ou réfere à l'autre, pour en faire dépendre la déciſion de la cauſe.

§. I.

Sur quelles choſes peut-on déférer le ſerment déciſoire.

912. On peut déférer le ſerment déciſoire, ſur quelque eſpece de conteſtation que ce ſoit, & dans quelque eſpece d'inſtance civile que ce ſoit, ſur le poſſeſſoire comme ſur le pétitoire, dans les cauſes ſur une action perſonnelle, comme dans celles ſur une action réelle ; *jusjurandum & ad pecunias & ad omnes res locum habet ;* L. 34, ff. *de jurejur.*

On ne peut néanmoins déférer le ſerment, que ſur ce qui eſt du propre fait de la partie à qui on le défere ; une partie n'eſt point obligée de le rendre ſur ce qui eſt du fait d'une autre perſonne de qui elle eſt héritiere, ou aux droits de laquelle elle eſt ; car je ne puis ignorer mon propre fait, au-lieu que je ne ſuis pas obligé de ſçavoir ce qui eſt du fait d'un autre à qui j'ai ſuccédé ; *heredi ejus cum quo contractum eſt, jusjurandum deferri non poteſt ;* Paul, *ſent.* 11, 1, 4.

Une perſonne qui me demande le paiement du prix d'une choſe qu'elle prétend avoir vendue au défunt, dont je ſuis l'héritier, ne peut donc pas me déférer le ſerment ſur le fait de ſçavoir ſi la choſe a été vendue, ou non, au défunt ; car ce n'eſt pas mon fait, c'eſt le fait du défunt, que je ne ſuis point obligé de ſçavoir : mais l'uſage parmi nous eſt qu'en ce cas on puiſſe me déférer le ſerment ſur le fait de ſçavoir ſi j'ai connoiſſance que le défunt dût la ſomme demandée ; car en ce cas, on ne me défere pas le ſerment ſur le fait de la vente qui eſt le fait du défunt, mais on me défere le ſerment ſur le fait de la connoiſſance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui eſt mon propre fait.

§. II.

En quel cas peut-on déférer le ſerment déciſoire.

913. Le demandeur peut déférer le ſerment au défendeur, toutes les fois que le demandeur croit n'avoir pas une preuve ſuffiſante du fait qui fait le fondement de ſa demande. Pareillement le défendeur peut déférer le ſerment au demandeur, lorſqu'il n'a pas la preuve du fait qui ſert de fondement aux défenſes qu'il a à propoſer contre la demande.

Ce ſerment peut être déféré avant comme depuis la conteſtation en cauſe, en cauſe d'appel comme en premiere inſtance.

C'eſt une queſtion qui a été controverſée entre les Docteurs, de ſçavoir s'il faut quelque commencement de preuve, pour que le demandeur ſoit reçu à déférer le ſerment; ou s'il doit y être reçu, quoiqu'il n'ait pas le moindre commencement de preuve de ſa demande? La Gloſſe *ad* L. 3, *Cod. de R. cred.*, Barthole, Balde & pluſieurs autres Docteurs cités par Maſcardus *de probat. concl.* 957, exigent quelque commencement de preuve. Les raiſons qu'ils alleguent pour cette opinion, ſont, 1°. que c'eſt un principe général de Droit, que le défendeur doit avoir congé d'une demande qui n'eſt pas prouvée, ſans être tenu à rien pour obtenir ce congé; *actore non probante, qui convenitur, & ſi nihil ipſe præſtet, obtinebit*; L. 4, *Cod. de edend.* Donc, dit-on, le défendeur ne doit pas être tenu pour obtenir le congé d'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, de rendre ſon ſerment, & le demandeur ne doit pas être reçu à le lui déférer, puiſque la Loi dit qu'il n'eſt tenu à rien, *& ſi nihil ipſe præſtet.* 2°. C'eſt encore un principe de Droit, que le demandeur doit fournir de ſa part les preuves de ſa demande, & que ce n'eſt pas au défendeur à les lui fournir contre ſoi; *intelligitis quod intentionis veſtræ proprias adferre debetis probationes, non adversus ſe ab adverſariis adduci*; L. 7, *Cod. de teſt.* Donc, dit-on, le demandeur qui n'a apporté aucune preuve de ſa demande, ne doit pas être admis à ſe la procurer, en déférant le ſerment au défendeur. 3°. On dit qu'on ne doit pas ſans aucun ſujet, être reçu à faire une affaire à quelqu'un, & lui cauſer l'embarras de rendre une affirmation, que des perſonnes timorées ſe font ſouvent une peine de rendre, meme ſur des choſes dont elles croient être les plus certaines; on prétend tirer auſſi quelque argument de la Loi 31, ff. *de jurej.* des Loix 11 & 12, *Cod. de reb. cred.* L'opinion contraire qu'un demandeur n'a pas beſoin d'aucun commencement de preuve, pour être reçu à déférer le ſerment au défendeur, eſt plus véritable, & elle a été embraſſée par Cujas *obſ.* XXII, 28, Duaren, Doneau, Fachinée, & par pluſieurs autres; c'eſt auſſi celle de Vinnius qui a parfaitement traité la queſtion *ſelect. queſt.* 1, 42, & que nous ne faiſons que copier ici. Les raiſons ſur leſquelles elle eſt établie, ſont, 1°. qu'on ne doit point exiger du demandeur, ce que la Loi qui a établi l'uſage du ſerment déciſoire, n'a pas exigé de lui: or, l'Edit du Préteur qui a établi ce droit, n'exige point du tout que le demandeur ait quelque commencement de preuve de ſa demande, il dit indiſtinctement, *eum à quo jusjurandum petitur, jurare aut ſolvere cogam*; L. 34, §. 6, ff. *de jurejur.* 2°. Il peut arriver tres-ſouvent qu'une demande dont il n'y a aucun commen-

cement de preuve, ne laiſſe pas d'être en elle-même très-juſte. Par exemple; j'ai prêté à un ami une ſomme d'argent, ſans en retirer aucun billet; la demande que je lui fais pour la reſtitution de cette ſomme, ne laiſſe pas d'être juſte en elle-même, quoique je n'aie aucun commencement de preuve du prêt qui en eſt le fondement: le Juge ne doit négliger aucuns des moyens qui ſe préſentent, pour découvrir la vérité, & pour parvenir à rendre la juſtice à qui elle appartient: je lui en préſente un, en déférant le ſerment au défendeur; car s'il refuſe d'affirmer que je ne lui ai fait aucun prêt, ou qu'il me l'a rendu, ſon refus qu'il fera de rendre ſon affirmation, ſera un aveu tacite de la dette; le Juge doit donc ſaiſir ce moyen de découvrir la vérité, & m'admettre à déférer le ſerment au défendeur, quoique je n'aie aucun commencement de preuve de ma demande; le refus que j'eſpere que le défendeur fera de ſon affirmation, pouvant faire par lui-même une preuve complette de la dette & du tort qu'il a eu d'en refuſer le paiement; *Manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt, nolle jurare*; L. 38, ff. *de jurej.* 3°. Cette opinion s'établit encore par des textes formels du Droit: il eſt dit en la Loi 12, *Cod. de reb. cr.* que ce ſerment peut être déféré, même dès le commencement de la cauſe, *in principio litis*, & par conſéquent avant même que le demandeur ait fourni aucune preuve. La Loi 35, ff. *de jurej.* s'exprime encore en termes plus formels; elle dit qu'on peut déférer le ſerment, *omnibus aliis probationibus deficientibus.*

A l'égard des raiſons ci-deſſus rapportées pour la premiere opinion, elles ſont des plus frivoles, & il eſt facile d'y répondre. Lorſqu'il eſt dit que le défendeur doit obtenir le congé d'une demande qui n'eſt pas prouvée, ſans qu'il ſoit tenu à rien pour obtenir ce congé, *etiamſi nihil ipſe præſtet*, cela ne ſignifie autre choſe, ſinon qu'il n'a pas beſoin, pour obtenir ce congé, de produire de ſa part aucun titre, ni aucun témoin; mais cela ne ſignifie point du tout qu'il ne ſoit point tenu de rendre ſon ſerment, lorſqu'il lui eſt déféré. Quant à ce qui eſt dit dans la Loi 7, *Cod. de teſt.* que le défendeur ne doit pas être obligé à fournir des preuves contre lui-même, cela ne s'applique qu'à ce qui eſt dit au commencement de cette Loi, que le défendeur ne doit pas être obligé à produire des témoins ou des titres contre lui-même, *nimis grave eſt quòd petitis, urgeri partem diverſam ad exhibitionem eorum per quos ſibi negotium fiat*; mais cela n'a aucune application à la délation du ſerment; une partie ne ſe peut plaindre qu'on agiſſe trop durement avec elle, lorſque par le ſerment qui lui eſt déféré, on la rend elle-même juge de ſa propre cauſe. A l'égard de ce que l'on dit, qu'il y a de l'inconvénient qu'une perſonne ſans aucun ſujet, ſans aucun commencement de preuve, puiſſe nous cauſer l'embarras de rendre notre affirmation, je réponds qu'on ne peut pas parer à tous les inconvéniens: l'embarras de ſoutenir un procès, eſt un bien plus grand embarras, que celui de rendre une affirmation, puiſqu'on peut mettre une fin prompte à celui-ci, en rendant l'affirmation demandée. Néanmoins une perſonne peut ſans aucun ſujet, en formant contre moi une demande entiérement dénuée de preuves, me cauſer l'embarras d'entrer en procès; pourquoi ne pourra-t-on pas également me cauſer l'embarras de rendre mon ſerment, en me le déférant? Les Romains avoient établi une eſpece de remede à ces inconvéniens, par le ſerment que les parties étoient obligées de rendre avant la plaidoirie de la cauſe,

que c'étoit de bonne foi qu'elles ſoutenoient le procès ; & par celui que la partie qui déféroit le ſerment, étoit pareillement obligée de rendre, qu'elle le déféroit de bonne foi, dans la ſeule vue de faire connoître la vérité, & ſans aucune vue de vexer la partie à qui elle le déféroit ; c'eſt ce qu'on appelloit *juramentum de calumniâ*. Ces ſermens ne ſont pas d'uſage parmi nous. A l'égard des Loix alléguées pour la premiere opinion, il n'en réſulte rien. Il n'eſt queſtion dans la Loi 31, que du ſerment ſupplétoire, qui ſe défere par le Juge, & nullement du ſerment déciſoire. Il réſulte bien de la Loi 12, qu'il peut être queſtion entre les parties, ſi le ſerment a été bien ou mal déféré ; mais cette queſtion concerne ou la nature du fait ſur lequel il a été déféré, ou la qualité de la partie qui le défere, ou de celle à qui il eſt déféré, & ne concerne nullement le point de ſçavoir ſi le demandeur a un commencement de preuve, cela étant indifférent.

§. III.

Des perſonnes qui peuvent, & à qui on peut déférer le ſerment.

914. Comme on fait dépendre de ce ſerment la déciſion de la conteſtation, & du droit des parties, il s'enſuit qu'il n'y a que ceux qui ont la diſpoſition de leurs droits, qui puiſſent déférer ce ſerment, & auxquels il puiſſe être déféré.

C'eſt pourquoi un mineur ne peut pas, ſans l'autorité de ſon tuteur, déférer ce ſerment ; L. 17, §. 1, ff. *de jurej.* ; & on ne peut pas le lui déférer ; L. 34, §. 2, ff. *d. tit.*

Suivant ce principe, un homme inſolvable ne peut pas en fraude de ſes créanciers, déférer le ſerment à ſon débiteur, ſur ce qui lui eſt dû ; car il ne peut pas diſpoſer de ſes droits, en fraude de ſes créanciers. C'eſt pourquoi ſes créanciers, ſans avoir égard au ſerment rendu par ce débiteur de leur débiteur, peuvent ſaiſir & arrêter ce qu'il doit ; & en juſtifiant la dette, faire condamner ce débiteur de leur débiteur à payer ; L. 9, §. 5, ff. *d. tit.*

Quelques Docteurs ont ſoutenu que celui à qui le ſerment ne pouvoit pas être référé, parce que le fait eſt un fait qui n'eſt pas ſon propre fait, & dont il n'a pas de connoiſſance, n'eſt pas recevable à déférer le ſerment à ſa partie adverſe, quoique ce ſoit le propre fait de cette partie. C'eſt l'avis de Natta, *conſ.* 35 : il ſe fonde ſur la Loi 34, ff. *de jurejur.* où il eſt dit que celui à qui le ſerment eſt déféré, ne peut pas ſe plaindre qu'on lui faſſe tort en cela, puiſqu'il peut le référer : *de injuriâ queri non poteſt, cùm poſſit jusjurandum referre.* Donc, dit-il, par argument à *contrario*, celui à qui le ſerment eſt déféré, n'eſt pas obligé d'accepter la condition, dans le cas auquel il ne peut pas le référer. Cette conſéquence ne vaut rien ; car cette raiſon rapportée en la Loi 34, *cùm poſſit jusjurandum referre*, n'eſt qu'une raiſon de plus, pour laquelle celui à qui le ſerment eſt déféré, ne peut ſe plaindre ; la principale raiſon qui eſt apportée ailleurs, & qui ſeule ſuffit, eſt que perſonne ne peut ſe plaindre qu'on le faſſe Juge dans ſa propre cauſe. Le ſentiment contraire qui eſt celui de Fachinée, de Cravetta & des autres Docteurs par lui cités, eſt fondé ſur des raiſons plus ſolides. Nous ne devons pas exiger de celui qui défere le

ſerment, ce qu'aucune Loi n'exige de lui ; or il n'y a aucune Loi qui exige que celui qui défere le ſerment, ſoit tel qu'on puiſſe le lui référer. Au contraire la Loi 17, §. 2, permet expreſſément à un tuteur & à un curateur de déférer le ſerment dans les cauſes qu'ils ſoutiennent en cette qualité, quoiqu'on ne puiſſe pas le leur référer, puiſque la cauſe du pupille ou de l'interdit, n'eſt pas le propre fait de ce tuteur ou curateur.

Un Procureur ne peut déférer le ſerment, à moins qu'il n'ait un pouvoir ſpécial, ou qu'il ne ſoit un Procureur *univerſorum bonorum*, c'eſt-à-dire, qu'il n'ait un pouvoir général d'adminiſtrer ; *L.* 17, §. 3.

Le Syndic d'un corps ne le peut ſans un pouvoir ſpécial ; *L.* 34, §. 1.

On ne peut le déférer à ces perſonnes, parce que ce ſeroit leur déférer ſur quelque choſe qui n'eſt pas de leur propre fait ; L. 34, §. 3, ff. *h. tit.*

§. IV.

De l'effet du ſerment déféré, référé, fait ou refuſé.

915. Celui à qui le ſerment a été déféré, doit faire le ſerment, ou le référer à celui qui le lui a déféré : s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il doit perdre ſa cauſe : *manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt nolle jurare, nec jusjurandum referre ;* L. 38, ff. *d. tit.*

Si la choſe ſur laquelle le ſerment a été déféré, n'étoit pas du fait des deux parties, mais ſeulement de celle à qui il a été déféré, elle n'aura pas le choix de le référer, & elle ſera tenue préciſément de rendre ſon ſerment, à peine de perte de ſa cauſe.

Si la partie fait le ſerment qui lui a été déféré, il réſultera de ſon ſerment une préſomption *juris & de jure*, de la vérité de la choſe ſur laquelle le ſerment lui aura été déféré, & qu'il aura affirmée, contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue, ſuivant que nous l'avons déja obſervé en la Section ſeconde.

Si elle réfere le ſerment, la partie à qui elle l'aura référé, ſera préciſément tenue de rendre ſon affirmation, faute de quoi elle doit perdre ſa cauſe : ſi elle rend ſon affirmation, ce qu'elle aura affirmé ſera pareillement tenu pour avéré, ſans qu'on puiſſe admettre aucune preuve du contraire.

Tout ceci eſt renfermé en la Loi 34, §. *fin.* ff. *de jurej.*

Lorſque c'eſt au défendeur que le ſerment a été déféré ou référé, le ſerment qu'il a fait qu'il ne devoit pas ce qui lui étoit demandé, lui donne contre la demande l'exception *jurisjurandi*, qui doit lui en faire donner congé avec dépens.

Cette exception étant fondée ſur une préſomption *juris & de jure*, elle exclut le demandeur d'être écouté à offrir la preuve que la partie a rendu ſon ſerment de mauvaiſe foi, & s'eſt parjurée. C'eſt ce que nous enſeigne Julien : *Adversùs exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari, cùm prætor id agere debet ne de jurejurando quæratur* ; L. 15, ff. *de except.*

Il n'y ſeroit pas écouté, quand même il offriroit de faire cette preuve par des pieces nouvellement recouvrées : en cela le ſerment déciſoire déféré ou

référé par la partie, a plus de force que le ſerment ſupplétoire, dont nous traiterons *infrà, art.* 3. Gaïus, en la Loi 31, ff. *de jurej.* obſerve cette différence.

Lorſque c'eſt au demandeur à qui le ſerment a été déféré ou référé, le ſerment qu'il a fait que la choſe qu'il a demandée lui étoit due, ou lui appartenoit, lui donnoit, dans le Droit Romain, une action *in factum ad inſtar* de l'action *judicati*, pour en obtenir la condamnation; L. 8, *Cod. de R. cred.* ſur laquelle action il n'étoit queſtion que de ſçavoir ſi le ſerment avoit été régulièrement rendu, ſans que la partie qui lui a déféré ou référé le ſerment, pût être écoutée à propoſer aucune défenſes au principal: *In quâ (actione) hoc ſolum quæritur an juraverit dari ſe oportere;* L. 9, §. 1, *de jurej. Dato jurejurando non aliud quæritur quàm an juratum ſit; remiſsâ quæſtione an debeatur;* L. 5, §. 2, ff. *d. tit.*

Parmi nous le demandeur qui a fait ce ſerment, peut pourſuivre l'adjudication des concluſions de ſa demande avec dépens, ſans être tenu d'en apporter d'autres preuves, & ſans que la partie qui lui a déféré ou référé le ſerment, puiſſe être écoutée à propoſer aucunes défenſes.

Cet effet du ſerment eſt une conſéquence de ce principe du Droit naturel: *quid tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt ſervare*; L. 1, ff. *de pact.* En effet, lorſqu'une des parties défere à l'autre le ſerment, ſur ce qui fait l'objet de la conteſtation qu'elles ont enſemble, pour en faire dépendre la déciſion; & que celle des parties à qui le ſerment eſt déféré, accepte la condition, & en conſéquence rend ſon affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en réſulte une convention, par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé, de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui a déféré le ſerment, de s'en tenir à ce qui aura été affirmé, ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire.

Comme la convention ne ſe forme & ne produit d'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il ſuit de-là que celui qui a déféré le ſerment à ſa partie, peut ſignifier une révocation de cette délation du ſerment, tant que la partie à qui il l'a déféré, n'a pas encore accepté la condition en rendant ſon affirmation, ou du moins en déclarant qu'elle étoit prête à la rendre; L. 11, *Cod. de rer. cr. & jurej.*

Obſervez que quand il l'a révoquée, il ne peut plus le déférer une ſeconde fois; *d.* L. 11.

Lorſque la partie à qui j'ai déféré le ſerment, a accepté la condition, & déclaré qu'elle étoit prête à le rendre, je ne puis plus révoquer la délation du ſerment, mais je puis la décharger de rendre ſon affirmation; & en ce cas la choſe ſur laquelle elle étoit prête à la rendre, ſera tenue pour avérée, comme ſi elle l'avoit rendue; L. 6; L. 9, §. 1, ff. *de jur.*

916. Du principe que nous avons établi que le ſerment déciſoire tire ſon effet de la convention que renferme la délation du ſerment entre celui qui l'a déféré, & celui à qui il a été déféré, il ſuit encore que, de même qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard de la choſe qui a fait l'objet de la convention, & qu'entre les parties contractantes & leurs héritiers, *animadvertendum eſt ne con-*

ventio in aliâ re factâ, aut cum aliâ perſonâ, in aliâ re, aliâve perſonâ noceat; L. 27, §. 4, ff. *de pact.* de même auſſi le ſerment déciſoire ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la même choſe ſur laquelle le ſerment a été déféré.

Pour ſçavoir ſi ce qu'on demande eſt la même choſe ſur laquelle le ſerment a été déféré, & qui a été terminée par ce ſerment, on peut appliquer toutes les regles que nous avons établies en la Section précédente, *art.* 4, pour ſçavoir, quand ce qui eſt demandé, doit être cenſé la même choſe que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les parties.

Le ſerment pareillement ne doit avoir d'effet, ni faire tenir pour avéré le fait ſur lequel la partie a rendu ſon affirmation, que vis-à-vis de celle qui le lui a déféré, & vis-à-vis de ſes héritiers & autres qui auroient ſuccédé à ſes droits; mais il n'a aucun effet vis-à-vis des tiers; *jusjurandum alteri nec nocet, nec prodeſt*; L. 3, §. 3, ff. *de jurejur.*

C'eſt pourquoi ſi l'un des héritiers d'un défunt m'a aſſigné pour lui payer ſa part d'une ſomme qu'il prétendoit que je devois au défunt, qu'il m'ait déféré le ſerment ſur la vérité de cette dette, & que j'aie rendu mon affirmation que je ne dois rien au défunt, ce ſerment exclura bien cet héritier de me demander cette ſomme; mais il n'exclura pas ſon cohéritier de me demander ſa part de cette ſomme; & s'il rapporte la preuve que je dois effectivement cette ſomme au défunt, je ſerai condamné à lui payer ſa part, nonobſtant le ſerment que j'ai fait que je ne devois rien; car ce ſerment n'a d'effet que vis-à-vis de celui qui me l'a déféré, & non vis-à-vis de ſon cohéritier.

917. Néanmoins ſi l'un de deux créanciers ſolidaires m'avoit déféré le ſerment, & que j'euſſe affirmé ne rien devoir, ce ſerment excluroit auſſi ſon co-créancier; L. 28, ff. *de jurejur.*

Il y en a une raiſon particuliere; c'eſt que le paiement qui eſt fait d'une créance ſolidaire, à l'un des créanciers ſolidaires, décharge le débiteur envers tous les autres: or, le ſerment qu'a fait le débiteur, qu'il ne devoit rien, équipolle à un paiement qu'il auroit fait à celui qui lui defere le ſerment, *nam jusjurandum loco ſolutionis cedit*; L. 27: par conſéquent il doit le décharger envers tous.

918. De même que le ſerment déciſoire ne fait preuve que contre celui qui l'a déféré, il n'en fait non plus qu'en faveur de celui à qui il a été déféré, & qui a fait le ſerment, ou à qui il a été remis; L. 3, §. 3, ff. *de jurejur.*

Néanmoins ſi mon débiteur à qui j'ai déféré le ſerment, a juré ne me rien devoir, je ne pourrai rien demander à ſes cautions; car mon débiteur qui a fait ce ſerment, a intérêt que je ne demande rien à ſes cautions, qui auroient recours contre lui, ſi elles étoient obligées de me payer quelque choſe; & c'eſt demander à lui indirectement, que de demander à ſes cautions; L. 28, §. 1, ff. *de jurejur.*

Quid vice versâ, ſi j'avois déféré le ſerment à la caution, qui eût juré qu'il n'eſt rien dû. La loi ci-deſſus citée décide que ce ſerment profitera au débiteur principal, parce qu'il tient lieu de paiement: *d.* L. 27, & que le paiement fait par la caution, libere le débiteur principal.

Par la même raiſon le ſerment déféré à l'un des codébiteurs ſolidaires, profite à tous les autres.

Ces

Ces déciſions ont lieu, pourvu que *de re, & non de perſonâ jurantis juratum ſit;* car ſi la caution a juré ſeulement qu'elle n'avoit pas contracté de cautionnement, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; L. 28, §. 1; L. 42, §. 1, ff. *de jurejur.* Pareillement, ſi l'un des débiteurs ſolidaires a juré qu'il n'a pas contracté l'obligation, ſes codébiteurs n'en peuvent tirer avantage.

Du principe que le ſerment déciſoire tire ſon effet & ſon autorité de la convention que renferme la délation de ce ſerment, on peut encore tirer cette conſéquence, que ſi la partie qui l'a déféré, a quelque juſte cauſe de reſtitution contre la convention par laquelle elle a déféré le ſerment à l'autre partie, elle peut, en ſe faiſant reſtituer contre cette convention, faire tomber ce ſerment.

Le dol étant une cauſe de reſtitution contre toutes les conventions; ſi je puis prouver que c'eſt par un dol de votre part que vous m'avez engagé à vous déférer le ſerment, je puis ſur l'appel du jugement rendu à votre profit, en conſéquence de votre ſerment, ou, ſi ce jugement eſt en dernier reſſort, ſur la requête civile contre ce jugement, prendre des lettres de reſciſion par leſquelles, ſans avoir egard à l'acte par lequel je vous ai déféré le ſerment, ni à ce qui a ſuivi, les mêmes parties ſeront remiſes au même état qu'elles étoient avant ledit acte. On peut apporter pour exemple de dol, la ſouſtraction que vous m'auriez faite du titre qui établit la créance d'une certaine ſomme que j'ai contre vous. Si ſur la demande que je vous ai faite de cette ſomme, n'ayant pas mon titre, je vous ai déféré le ſerment ſur la vérité de ma créance; comme c'eſt en ce cas la ſouſtraction que vous avez faite de mon titre, & par conſéquent votre dol qui m'a engagé à vous déférer le ſerment, je puis, ſi je viens à avoir la preuve de cette ſouſtraction, me faire reſtituer contre l'acte par lequel je vous ai déféré le ſerment, comme ayant été engagé par votre dol à vous le déférer.

Cette déciſion n'eſt pas contraire à celle de la Loi 15, ff. *de except.* ci-deſſus rapportée, *n.* 915, qui dit qu'*adversùs exceptionem jurisjurandi non debet dari replicatio doli mali;* car le dol dont il eſt parlé dans cette loi, n'eſt autre choſe que le parjure, que celui qui vous a déféré le ſerment prétendroit que vous auriez commis, en jurant contre la vérité ne pas devoir la ſomme demandée. Celui qui vous a déféré le ſerment, n'eſt pas reçu à prouver ce parjure par le rapport des titres les plus déciſifs, quoique nouvellement recouvrés; parce que le ſerment opere une préſomption *juris & de jure*, qui fait réputer pour vrai ce que vous avez juré, & exclut toute preuve du contraire. C'eſt pourquoi lorſque vous avez juré ne rien devoir, il ne peut plus avoir lieu à la queſtion *an debeatur;* L. 5, §. 2, ff. *de jurej.* Mais comme le ſerment n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait, & valablement déféré, il peut y avoir lieu à la queſtion, ſi le ſerment a été valablement fait, & valablement déféré, *quæritur an juratum ſit*, §. 2; & celui qui l'a déféré pour prouver qu'il n'a pas été valablement déféré, eſt reçu à prouver votre dol, c'eſt-à-dire, les manœuvres que vous avez employées pour le réduire à vous le déférer, tel qu'eſt le vol ou la ſouſtraction que vous lui auriez faite de ſon titre de créance.

La minorité étant une cauſe de reſtitution, les mineurs peuvent être quelquefois reçus à ſe faire reſtituer contre l'acte par lequel leſdits mineurs, aſſiſtés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auroient déféré le ſerment à la partie avec laquelle ils étoient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus

indiſtinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorſque n'ayant pas, lorſqu'ils ont déféré le ſerment à leur partie, une preuve ſuffiſante du fait ſur lequel ils l'ont déféré : ils n'ont fait en le déférant, que ce qu'auroit fait en pareil cas une perſonne prudente. C'eſt ce que nous enſeigne Ulpien : *ſi minor detulerit, & hoc ipſo captum ſe dicat, adversùs exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait : Ego autem puto hanc replicationem non ſemper eſſe dandam, ſed Prætorem debere cognoſcere an captus ſit, & ſic in integrum reſtituere ; nec enim utique qui minor eſt, ſtatim ſe captum docuit* ; L. 9, §. 4, ff. *de jurej.*

Article II.

Du ſerment de celui qui eſt interrogé ſur faits & articles.

919. Lorſqu'une partie ſignifie des faits ſur lequels elle fait ordonner que l'autre partie ſera interrogée par le Juge, le ſerment que fait la partie interrogée, eſt bien différent du ſerment déciſoire ; au-lieu que le ſerment déciſoire fait preuve pour celui qui le fait. Au contraire celui-ci ne fait aucune preuve en faveur de celui qui le fait : les réponſes que fait la partie interrogée, ne font de preuve que contr'elle, & n'en font aucune en ſa faveur. La raiſon de cette différence eſt que celui qui fait interroger ſa partie ſur certains faits & articles, ne le fait pas dans l'intention de faire dépendre la déciſion de la queſtion, de ce que la partie interrogée répondra & affirmera ; mais elle ne lui fait ſubir cet interrogatoire, que pour tirer à ſon profit quelques preuves ou préſomptions des aveux que la partie interrogée fera, ou des contradictions dans leſquelles elle tombera, *ut confitendo vel mentiendo ſe oneret ;* L. 4, ff. *de interr. in jur. fac.*

920. Obſervez que celui qui veut prendre droit des aveux qu'a faits une partie dans ſes réponſes à l'interrogatoire, ne doit pas les diviſer, mais il doit les prendre en entier. Si par exemple, n'ayant aucunes preuves du prêt que je prétends vous avoir fait d'une certaine ſomme d'argent, je vous fais interroger, & que dans vos réponſes vous conveniez du prêt, mais que vous ajoutiez que vous m'avez rendu cette ſomme, je ne puis pas prendre droit de l'aveu que vous faites du prêt, & laiſſer à l'écart ce que vous avez ajouté, que vous m'avez rendu la ſomme ; mais il faut que je prenne votre déclaration en entier. C'eſt pourquoi ſi je veux que votre aveu faſſe foi du prêt, je dois conſentir qu'il faſſe auſſi foi du paiement, ſans que vous ſoyez obligé d'en faire aucune preuve, à moins que je ne fuſſe en état de prouver que le paiement n'a pu ſe faire dans le temps & dans le lieu auquel vous dites l'avoir fait. *Voyez* ſur ces interrogatoires l'Ordonnance de 1667, titre 10, & le Commentaire de M. Jouſſe.

Article III.

Du ſerment appellé Juramentum judiciale.

921. Le ſerment appellé *juramentum judiciale*, eſt celui que le Juge défere de ſon propre mouvement à l'une des parties.

Il y en a deux eſpeces, 1°. celui que le Juge défere pour la déciſion de

la cauſe ; c'eſt celui qu'on entend par le nom général de *juramentum judiciale :* on lui donne auſſi quelquefois le nom de ſerment *ſupplétoire*, *juramentum ſuppletorium :* 2°. celui que le Juge défere pour fixer & déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer ; on appelle ce ſerment *juramentum in litem.*

§. I.

Du ſerment que le Juge défere pour la déciſion de la cauſe.

922. L'uſage de ce ſerment eſt établi ſur la Loi 31, ff. *de jurej.*, où il eſt dit : *Solent Judices in dubiis cauſis exacto jurejurando ſecundùm eum judicare qui juraverit* ; & ſur la Loi 3, *Cod. de reb. cred.*, où il eſt dit : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris cauſis, inopiâ probationum, per Judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

Il réſulte de ces textes, qu'il faut que trois choſes concourent, pour qu'il y ait lieu à ce ſerment.

1°. Il faut que la demande ou les exceptions ne ſoient pas pleinement juſtifiées ; c'eſt ce qui réſulte de ces termes de la Loi 3, *Cod. de reb. cred. inopiâ probationum.* Lorſque la demande eſt pleinement juſtifiée, le Juge condamne le défendeur ſans avoir recours au ſerment : & pareillement lorſque les exceptions ſont pleinement juſtifiées, il renvoie de la demande le défendeur ſans y avoir recours.

2°. Il faut que la demande ou les exceptions, quoique non pleinement juſtifiées, ne ſoient pas néanmoins dénuées de preuve ; c'eſt le ſens de ces termes, *in cauſis dubiis*, dont ſe ſert la Loi 31. Elle appelle de ce nom celles dans leſquelles la demande ou les exceptions ne ſont ni évidemment juſtes, faute d'une preuve pleine & complette, ni évidemment injuſtes, à cauſe du commencement de preuve qui ſe trouve : *in quibus*, comme dit Vinnius, *ſel. quæſt.* 1, 44, *Judex dubius eſt, ob minùs plenas probationes allatas.*

3°. Il faut que le Juge entre en connoiſſance de cauſe, pour eſtimer s'il doit déférer ce ſerment, & à laquelle des parties il le doit déférer ; c'eſt ce qui réſulte de ces termes de la Loi 31, *causâ cognitâ.*

923. Cette connoiſſance de cauſe conſiſte dans l'examen du mérite de la preuve, de la qualité du fait, & des qualités des parties. Lorſque la preuve du fait d'où dépend la déciſion de la cauſe, & qui ſert de fondement à la demande ou aux exceptions de la demande, eſt complette, le Juge ne doit pas déférer le ſerment, mais il doit donner gain de cauſe à celui qui a fait la preuve.

Néanmoins ſi le Juge, pour aſſurer davantage ſa religion, lui avoit en ce cas déféré le ſerment, & que le fait ſur lequel il le lui a déféré, fût le propre fait de cette partie, qu'elle ne peut ignorer, cette partie ne devroit pas refuſer de le rendre, & elle ne ſeroit pas écoutée à appeller de la Sentence ; car quoique le Juge eût pu & même dû, la preuve paroiſſant complette, lui donner gain de cauſe, ſans exiger d'elle ſon ſerment, il ne lui a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puiſqu'il ne coûte rien à la partie d'affirmer ce

qu'elle ſçait être vrai : le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait, atténue & détruit la preuve qu'elle en avoit faite.

924. Lorſque le demandeur n'a aucune preuve du fait qui ſert de fondement à ſa demande, ou que celle qu'il a ne forme que de très-légers indices ou préſomptions, le Juge ne doit pas lui déférer le ſerment, quelque digne de foi qu'il ſoit ; & il doit donner congé de ſa demande. Néanmoins ſi ces indices, quelque légers qu'ils ſoient, forment quelque doute dans l'eſprit du Juge, il peut, pour aſſurer ſa religion, déférer le ſerment au défendeur.

Pareillement lorſque la demande étant juſtifiée, les exceptions propoſées contre la demande ne ſe trouvent appuyées que d'indices trop légers, pour que l'affirmation du défendeur puiſſe en completter la preuve, le Juge peut, ſi bon lui ſemble, en donnant gain de cauſe au demandeur, prendre ſon ſerment, pour aſſurer davantage ſa religion.

Je ne conſeillerois pas néanmoins aux Juges d'uſer ſouvent de cette précaution, qui ne ſert qu'à donner occaſion à une infinité de parjures. Quand un homme eſt honnête-homme, il n'a pas beſoin d'être retenu par la religion du ſerment, pour ne pas demander ce qui ne lui eſt pas dû, & pour ne pas diſconvenir de ce qu'il doit ; & quand il n'eſt pas honnête-homme, il n'a aucune crainte de ſe parjurer. Depuis plus de quarante ans que je fais ma profeſſion, j'ai vu une infinité de fois déférer le ſerment, & je n'ai pas vu arriver plus de deux fois, qu'une partie ait été retenue par la religion du ſerment, de perſiſter dans ce qu'elle avoit ſoutenu.

925. Lorſque la preuve du fait qui ſert de fondement à la demande eſt déja conſidérable, quoiqu'elle ne ſoit pas tout-à-fait complette, c'eſt le cas auquel le Juge doit ſe décider par le ſerment de l'une des parties ; il peut même en ce cas le déférer au demandeur, pour ſuppléer par ce ſerment à ce qui manquoit à la preuve qu'il a faite.

Il faut néanmoins excepter de cette regle les cauſes de grande importance, telles que les cauſes de mariage. Dans ces cauſes, ce qui manque à la preuve de la demande, ne peut ſe ſuppléer par le ſerment du demandeur ; & le défendeur en doit toujours obtenir le congé, lorſqu'elle n'eſt pas pleinement juſtifiée.

Dans les cauſes ordinaires, de même que ce qui manque à la preuve qu'un demandeur étoit chargé de faire, peut ſe ſuppléer par ſon ſerment, pareillement lorſque le demandeur étant fondé en titre, la déciſion de la cauſe dépend de la preuve des faits qui ſervent de fondement aux exceptions du défendeur contre la demande, & que la preuve que le défendeur eſt obligé de faire eſt conſidérable, ſans être tout-à-fait complette, le Juge peut déférer le ſerment au défendeur pour la completter.

Le Juge doit auſſi pour le choix de la partie à qui il défere le ſerment, avoir égard à la qualité des parties, quelle eſt celle qui eſt la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connoiſſance du fait ; il doit ſe déterminer *inſpectis perſonarum & cauſæ circumſtantiis. Cap. fin. x. de jurejur.*

926. Dumoulin, *ad* L. 3, *Cod. de reb. cred.* rapporte pour exemple d'une preuve incomplette, & néanmoins aſſez conſidérable pour pouvoir être complettée par le ſerment du demandeur, 1°. celle qui réſulte d'une confeſſion extrajudiciaire du débiteur, lorſqu'elle a été faite hors de la préſence du créan-

cier, ou lorſqu'elle a été faite en la préſence du créancier, à la vérité, mais ſans être circonſtanciée, & ſans que le débiteur ait exprimé la cauſe de la dette.

Les livres des Marchands ſont auſſi en leur faveur une preuve incomplette des créances de leur commerce qui y ſont inſcrites, laquelle peut être complettée par leur ſerment, lorſqu'ils ſont gens d'une probité connue, *ſuprà*, *n.* 753.

Les Docteurs rapportent pour exemple de preuve qui peut ſe completter par le ſerment du demandeur, la dépoſition d'un ſeul témoin, lorſque ce témoin eſt un homme digne de foi; mais il paroit que par notre Droit ce n'eſt que dans les matieres très-légeres que la dépoſition d'un ſeul témoin, jointe au ſerment du demandeur, ſuffit pour adjuger la demande; *Voyez ſuprà*, *n.* 817.

927. Quoiqu'en premiere inſtance la cauſe ait été décidée par le ſerment qui a été déféré à l'une des parties, cela n'empéche pas le Juge d'appel de le déférer à l'autre partie, s'il croit que la choſe doit ſe décider par le ſerment de cette partie, plutôt que par le ſerment de celle à qui il a été déféré en premiere inſtance : c'eſt ce que nous voyons tous les jours s'obſerver.

928. Il reſte à obſerver une différence entre le ſerment qui eſt déféré par le Juge, & celui qui eſt déféré par une partie; ſçavoir, que celui qui eſt déféré par une partie, peut lui être référé; au-lieu que lorſqu'il eſt déféré par le Juge, la partie à qui il eſt déféré doit faire le ſerment, ou perdre ſa cauſe. Telle eſt la pratique du Barreau, qui eſt mal-à-propos taxée d'erreur par Faber. Il ſuffit pour la juſtifier, de faire attention au ſens du mot *référer*: pour qu'on puiſſe dire proprement que je *réfere* le ſerment à ma partie adverſe, il faut que ce ſoit elle qui me l'ait déféré; *Voyez Vinn. ſel. quæſt.* 143.

§. II.

Du ſerment appellé Juramentum in litem.

929. Le ſerment appellé *juramentum in litem*, eſt celui que le Juge défere à une partie, pour fixer & déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer à ſon profit.

Les interpretes du Droit Romain en diſtinguent deux, celui qu'ils appellent *juramentum affectionis*, & celui qu'ils appellent *juramentum veritatis*.

Juramentum affectionis, étoit celui que le Juge me déféroit, pour eſtimer, non le prix que valoit en elle-même la choſe à moi appartenante dont j'étois privé par le dol de la partie adverſe; mais le prix de l'affection que j'avois pour cette choſe.

Le Juge régloit en ce cas la condamnation de la ſomme en laquelle il devoit condamner envers moi ma partie adverſe, ſur celle à laquelle je jurois que j'eſtimois de bonne foi mon affection pour cette choſe; & cette eſtimation d'affection pouvoit ſurpaſſer la véritable valeur de cette choſe.

C'eſt de ce ſerment qu'Ulpien dit, *non ab Judice doli æſtimatio ex eo quod intereſt ſit, ſed ex eo quod in litem juratur*; L. 64, ff. *de judic.*; & ailleurs, *res, ex contumaciâ, æſtimatur ultrà rei pretium*; L. 1, ff. *de in lit. jur.*

Ce *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos uſages : nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis.*

930. Il y a lieu à ce ſerment toutes les fois que le demandeur a juſtifié qu'il étoit bien fondé dans ſa demande en reſtitution de certaines choſes, & qu'il n'y a d'incertitude que ſur la ſomme à laquelle le défendeur doit être condamné, faute de faire la reſtitution deſdites choſes, dont la valeur n'eſt connue que du demandeur à qui elles appartiennent. Le Juge en ce cas, pour régler la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer, s'en rapporte à l'eſtimation que le demandeur fera de la véritable valeur des choſes dont il demande la reſtitution, après avoir fait préalablement ſerment qu'il fera cette eſtimation en conſcience.

Par exemple, ſi un voyageur a donné ſa valiſe en dépôt à un Aubergiſte, & que cette valiſe ait été volée dans l'Auberge, le dépôt étant conſtant, & n'y ayant que le voyageur qui en demande la reſtitution, qui ait connoiſſance de ce qu'il y avoit dans ſa valiſe, le Juge, pour ſe déterminer ſur la ſomme en laquelle il doit condamner l'Aubergiſte, faute de repréſenter la valiſe, ne peut faire autrement que de s'en rapporter au ſerment du voyageur, ſur la valeur des choſes contenues en ſa valiſe.

931. Chez les Romains le Juge laiſſoit ſouvent au demandeur une liberté indéfinie ſur la ſomme à laquelle il pourroit jurer qu'il eſtimoit les choſes dont il demandoit la reſtitution, *jurare in infinitum licet ;* L. 4, §. 2, ff. *de in litem jur.*

Il étoit néanmoins laiſſé à la prudence du Juge, lorſqu'il le jugeoit à propos, de limiter une ſomme au-delà de laquelle l'eſtimation ne pouvoit pas être portée, *Judex poteſt præfinire certam ſummam uſque ad quam juretur ;* L. 5, §. 1, ff. *d. tit.*

Selon nos uſages, le Juge après avoir entendu les parties, limite la ſomme juſqu'à concurrence de laquelle le demandeur doit être cru à ſon ſerment de la valeur des choſes dont il demande la reſtitution.

Il doit avoir égard pour fixer cette ſomme, à la qualité de la perſonne du demandeur, au plus ou au moins de vraiſemblance qui paroît dans ſes allégations ; la qualité de la cauſe doit auſſi entrer en conſidération : on doit beaucoup moins épargner dans l'eſtimation des choſes dont l'eſtimation eſt demandée, un défendeur qui ſeroit convaincu d'être complice du vol qui en a été fait, que celui qui n'auroit péché que par imprudence & par défaut de ſoin.

Quand même le Juge s'en ſeroit rapporté ſur l'eſtimation, au ſerment du demandeur ſans lui limiter la ſomme, il ne ſeroit pas tellement aſtreint à la ſuivre, qu'il ne pût s'en écarter, s'il la trouvoit exceſſive ; *etſi juratum fuerit, licet Judici abſolvere, vel minoris condemnare* ; L. 5, §. 2, ff. *d. tit.*

Fin du Traité des Obligations.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Sur le précédent Traité, & ſur les ſuivans.

Dans les différens Traités que j'ai donnés des différens Contrats & quaſi-contrats, j'ai ſuivi la doctrine commune de tous les Interpretes ſur la preſtation de la faute qui a lieu dans chaque contrat par rapport à la choſe qui en fait l'objet. J'ai, en conſéquence, diſtingué trois degrés de faute ; la faute lourde, la légere & la très-légere. (*Voyez ci-deſſus, n. 142, pag.* 61.)

Suivant cette doctrine, la faute lourde, *lata culpa*, conſiſte à ne pas apporter aux affaires d'autrui le ſoin que les perſonnes les moins ſoigneuſes & les plus ſtupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires. Cette faute eſt oppoſée à la bonne foi.

Levis culpa. La faute légere eſt celle qui conſiſte à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le ſoin que le commun des hommes apporte ordinairement à ſes affaires. Elle eſt oppoſée à la diligence commune.

Enfin, *leviſſima culpa* eſt la faute qui conſiſte à ne pas apporter le ſoin que les perſonnes les plus attentives apportent à leurs affaires. Cette faute eſt oppoſée à la diligence très-exacte, *exactiſſima diligentia.*

Pour décider de quelle eſpece de faute le débiteur eſt tenu dans chacun des différens contrats & quaſi-contrats, j'ai, ſuivant la doctrine commune, établi trois principes qui paroiſſent tirés de la Loi 5, §. 1, ff. *Commod.*

Le premier eſt que dans les contrats qui ſont faits pour le ſeul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, & il n'eſt tenu en conſéquence que de la faute lourde. Nous avons, ſuivant ce principe, décidé dans notre Traité du Contrat de Dépôt, que dans ce contrat, on n'exige ordinairement du dépoſitaire que de la bonne foi, & qu'il n'eſt tenu que de la faute lourde, *de latâ culpâ.*

Nous avons obſervé que ce principe ſouffroit exception, à l'égard du Contrat de Mandat & du quaſi-contrat *negotiorum geſtorum.* Quoiqu'ils ſoient faits pour le ſeul intérêt de la partie dont l'autre partie ſe charge de gérer l'affaire ; néanmoins on n'y exige pas ſeulement de la bonne foi de la part de celui qui l'a gérée & qui en doit rendre compte ; mais on exige encore de lui un ſoin proportionné à la nature de cette affaire. La raiſon eſt qu'une geſtion d'affaires, qui eſt la choſe qui fait l'objet du contrat *mandati* & du quaſi-contrat *negotiorum geſtorum*, étant une choſe qui par ſa nature exige un certain ſoin, la partie qui ſe charge de la geſtion de l'affaire, eſt cenſée ſe charger d'apporter le ſoin néceſſaire pour cette geſtion ; *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.*

Le ſecond principe eſt que dans les contrats & quaſi-contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, tels que ſont les contrats de vente, de

louage, de nantiſſement, de prêt, de ſociété, & le quaſi-contrat de communauté, on exige pour la choſe qui fait l'objet du contrat, le ſoin que tout homme ſage apporte ordinairement à ſes affaires; & qu'en conſéquence dans ces contrats le débiteur eſt tenu de la faute légere.

Le troiſieme principe eſt que dans les contrats qui ſont faits pour le ſeul intérêt de la partie qui a reçu, & qui doit rendre la choſe qui fait l'objet du contrat, tel qu'eſt le contrat de prêt à uſage, *commodatum*, on exige par rapport à cette choſe le ſoin le plus exact, & le débiteur eſt tenu de la faute la plus légere.

Nous avons obſervé que les Juriſconſultes Romains ne font quelquefois qu'une diviſion bipartite des contrats; ſçavoir, de ceux qui n'exigent dans les parties contractantes, que de la bonne foi, & de ceux qui exigent un certain ſoin plus ou moins grand, ſelon la nature du contrat. Mais le ſecond membre de cette diviſion étant ſujet à une ſubdiviſion de ceux qui n'exigent qu'un ſoin ordinaire, & de ceux qui exigent le ſoin le plus exact, cela revient à la diviſion tripartite, ci-deſſus expoſée.

Pareillement, les Juriſconſultes Romains ne font quelquefois qu'une diviſion bipartite des preſtations; ſçavoir, celle du dol & celle de la faute. La preſtation du dol qui a lieu dans les contrats qui n'exigent que de la bonne foi, comprend ſous le terme *dolus*, non-ſeulement la malice & le deſſein de nuire, mais auſſi la faute lourde, *lata culpa*, comme étant oppoſée à la bonne foi requiſe dans le contrat; & c'eſt en ce ſens que les Loix diſent que *lata culpa comparatur dolo*, *lata culpa dolus eſt.*

Le ſecond membre de la diviſion, qui eſt la preſtation de la faute, comprend les deux autres eſpeces de faute, la légere & la plus légere, *levem & leviſſimam*, ſous le terme générique de faute, en tant que ce terme *culpa* eſt oppoſé à *dolus*, & en tant que les contrats qui exigent un ſoin plus ou moins grand, & dans leſquels il y a lieu à la preſtation de la faute, ſont oppoſés à ceux qui n'exigent que de la bonne foi, & dans leſquels il n'y a lieu qu'à la preſtation du dol. Telle eſt la diviſion qui ſe trouve dans la fameuſe Loi, *Contractus*, ff. *de reg. jur.*

Mais dans cette diviſion bipartite des preſtations, le ſecond membre de la diviſion, qui eſt la preſtation de la faute, eſt ſujet à une ſubdiviſion; ſçavoir, de la preſtation de la faute légere, & de la preſtation de la faute la plus légere, de maniere que les trois degrés de faute ci-deſſus expoſés, ſe retrouvent; & la Loi 5, §. 1, ff. *Commod.* qui établit trois eſpeces de preſtations, ſe concilie avec la Loi *Contractus*, qui paroît n'en établir que deux.

Telle avoit été juſqu'à préſent la doctrine unanimement tenue par tous les Interpretes des Loix Romaines, & par les Auteurs des Traités de Droit. C'eſt la doctrine des Accurſe, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heineccius, & ceux même qui ſe ſont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues, & à propoſer des nouveautés, tels qu'Antoine Faber, ne s'en ſont jamais écartés. Néanmoins il a paru en 1764, une Diſſertation ſur la preſtation des fautes, imprimée à Paris, chez Saugrain, dans laquelle M. le Brun, Avocat au Parlement de Paris, combat cette doctrine. Il m'a fait l'honneur de m'en faire préſent: je l'ai lue avec un grand

grand plaiſir, & je ſuis charmé de trouver l'occaſion de lui en témoigner publiquement ma reconnoiſſance.

Cet Auteur ſoutient que la doctrine que nous venons d'expoſer, eſt une pure invention des Interpretes, qui n'ont pas pris le véritable ſens des Loix. Il prétend qu'on ne doit pas faire trois degrés de fautes, ni faire une diſtinction de la diligence commune & ordinaire, & de la diligence très-exacte, ni une différence des contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, *in quibus utriuſque contrahentis vertitur utilitas*, & de ceux qui ſe font pour le ſeul intérêt de la partie débitrice de la reſtitution de la choſe qui fait l'objet du contrat. Il n'y a, ſelon lui, que deux eſpeces de diligence, l'une qui ſe meſure ſur celle qu'un homme attentif à ſes affaires, a coutume d'y apporter, *qualem diligens paterfamilias adhibere ſolet*, & l'autre qui ne ſe meſure que ſur celle que le débiteur de qui on l'exige, a coutume d'apporter à ſes propres affaires, *rebus ſuis conſuetam diligentiam.*

Lorſque la choſe qui fait l'objet du contrat, appartient entiérement, ou eſt due entiérement à celui à qui le débiteur eſt tenu de la rendre ou de la donner, le débiteur eſt, par rapport à cette choſe, obligé à la premiere eſpece de diligence, & il n'importe que le contrat ait été fait pour ſon ſeul intérêt, ou pour l'intérêt réciproque des parties; c'eſt pourquoi un emprunteur n'eſt pas tenu, ſuivant cet Auteur, par rapport à la choſe qui lui a été prêtée, à une autre diligence que celle dont eſt tenu un locataire par rapport à la choſe qui lui a été donnée à loyer; ils ſont tenus l'un & l'autre à la premiere eſpece de diligence, qui eſt celle qu'un homme attentif à ſes affaires, a coutume d'y apporter: c'eſt à cette diligence, que ſont obligés un vendeur par rapport à la choſe vendue qu'il doit à l'acheteur; un mandataire, un *negotiorum geſtor*, par rapport aux choſes dont ils ont eu l'adminiſtration, *&c.*

Lorſque les choſes qui ſont l'objet du contrat, appartiennent en commun aux parties contractantes, on ne doit exiger de chacune des parties, par rapport à la geſtion qu'elle a eue deſdites choſes, & dont elle doit rendre compte à l'autre partie, que l'autre eſpece de diligence qui eſt celle qu'il a coutume d'apporter à ſes propres affaires, *rebus ſuis conſuetam diligentiam.* Ce n'eſt que cette eſpece de diligence qu'on exige du rendant compte dans les actions, *pro ſocio, familiæ erciſcundæ, & communi dividendo.*

Tel m'a paru être en ſubſtance le ſyſtême de la Diſſertation: l'Auteur qui m'a paru très-verſé dans la connoiſſance des Loix Romaines, rapporte dans cette Diſſertation toutes celles qui traitent de la matiere, & il en donne des explications très-ingénieuſes. Quelque ſpécieux que ſoient les argumens par leſquels il prétend établir ſon ſyſtême, je n'ai pas été convaincu, & je ſuis demeuré attaché à l'ancienne doctrine que je ne trouve pas ſi abſurde qu'il voudroit le perſuader. Je ne vois aucune abſurdité à diſtinguer trois degrés de faute, à diſtinguer la diligence exacte & la diligence très-exacte; à ſe contenter de la premiere dans les contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, & à exiger la diligence très-exacte dans le contrat qui a été fait pour le ſeul intérêt de la partie de qui on l'exige. C'eſt une abſurdité, dit l'Auteur du nouveau ſyſtême, de penſer que dans les contrats qui ſe font pour l'intérêt réciproque des parties, tel qu'eſt le plus grand nombre des contrats, les Loix

permettent la négligence par rapport à la choſe qui fait l'objet du contrat : or, dit l'Auteur, en décidant ſelon la doctrine commune, que dans ces contrats le débiteur n'eſt tenu que de la faute légere, & non de la faute très-légere, c'eſt permettre dans ces contrats quelque négligence ; car la faute très-légere dont on décide que le débiteur n'eſt pas tenu dans ces contrats, eſt une négligence qui, pour être très-légere, n'en eſt pas moins une négligence.

On peut, ce me ſemble, répondre qu'on ne permet pas la négligence dans les contrats faits pour l'intérêt réciproque des parties ; mais qu'on eſtime dans ces contrats la négligence moins rigoureuſement qu'on ne l'eſtime dans ceux faits pour le ſeul intérêt du débiteur. Par exemple, dans le contrat de louage, le locataire n'eſt pas jugé coupable de négligence, lorſqu'il a apporté, pour la conſervation de la choſe qui lui a été louée, tout le ſoin que les hommes ont, pour la plupart, coutume d'avoir des choſes qui leur appartiennent ; il eſt cenſé, en contractant, ne s'être obligé qu'à ce ſoin ; le locateur qui ſe fait payer du prix de l'uſage qu'il accorde de ſa choſe, ne doit donc pas être écouté à exiger de lui davantage, ni à vouloir faire regarder comme une négligence de la part de ce locataire, le défaut de quelque attention ou de quelque prévoyance qui eût pu ne pas échapper à une perſonne plus attentive qu'on ne l'eſt communément, & qui eût empêché la perte ou la détérioration de la choſe.

Au contraire, dans le contrat de prêt à uſage qui eſt fait pour le ſeul intérêt de l'emprunteur, la négligence de l'emprunteur à l'égard de la choſe qui lui a été prêtée, s'eſtime dans toute la rigueur : le prêteur qui ne doit pas ſouffrir du bienfait qu'il a fait à l'emprunteur, en lui accordant gratuitement l'uſage de ſa choſe, a droit d'exiger de lui, pour la conſervation de la choſe qu'il lui a prêtée, non-ſeulement le ſoin ordinaire que le commun des hommes apporte à la conſervation de ſon bien, mais tout le ſoin poſſible, (eu égard néanmoins à la qualité de la perſonne de l'emprunteur.) Si l'emprunteur ne ſe ſent pas capable de ce ſoin, il ne doit pas emprunter ; c'eſt pourquoi on lui impute à négligence, non-ſeulement le défaut du ſoin que le commun des hommes apporte ordinairement à ſes affaires, mais même le défaut d'une attention ou d'une prévoyance qui n'eût pas échappé aux perſonnes de la qualité de celle de l'emprunteur, qui ſont les plus attentives.

Cette maniere d'eſtimer plus ou moins rigoureuſement la faute & la négligence, ſuivant la différente nature des contrats, ne me paroît contenir aucune abſurdité ; elle me paroît au contraire très-raiſonnable, & devoir être ſuivie, quand même la Loi 5, §. 1, ff. *commod.* ne s'en ſeroit pas expliquée auſſi clairement qu'elle l'a fait.

Je n'entreprendrai point de réfuter les argumens par leſquels l'Auteur de la Diſſertation combat l'ancienne doctrine, & prétend établir la ſienne ; cela dégénéreroit en une querelle littéraire, dans laquelle je ne veux point entrer. La réponſe à ceux qu'il tire des différentes loix rapportées dans ſa Diſſertation, ſe trouve dans les Notes que j'ai faites ſur ces loix dans mon Ouvrage ſur les Pandectes ; je les ai tirées de Cujas & d'autres Interpretes de réputation.

J'obſerverai ſeulement que ſi la doctrine commune a ſes difficultés, le nouveau ſyſtême de l'Auteur n'en eſt pas exempt. Par exemple, l'Auteur dit que la diligence qu'on exige d'un aſſocié dans le compte de la geſtion qu'il a eue des

affaires communes, ne doit pas ſe meſurer, comme dans les autres contrats, à celle que le commun des hommes a coutume d'apporter à ſes affaires, mais à celle que cet aſſocié apporte à ſes propres affaires. Je demande à l'Auteur comment dans la pratique le Juge devant qui cet aſſocié rend ſon compte, pourra connoître quelle eſt la diligence que cet aſſocié apporte dans ſes propres affaires, pour y meſurer celle qu'il a dû apporter à la geſtion dont il rend compte? Un Juge peut bien eſtimer quelle eſt la diligence que le commun des hommes apporte à ſes affaires; mais il ne peut pas deviner quelle eſt celle que cet aſſocié, qu'il ne connoit pas, apporte à ſes propres affaires; il préſume que c'eſt celle que le commun des hommes y apporte.

En meſurant, ſuivant le nouveau ſyſtême, la diligence dont un aſſocié eſt tenu à l'égard de la geſtion des affaires communes, à celle qu'il apporte à ſes propres affaires, on réduit le contrat de ſociété, & le quaſi-contrat de communauté à la claſſe de ceux qui n'exigent rien autre choſe que de la bonne foi; car c'eſt une choſe oppoſée à la bonne foi, que de n'avoir pas pour l'affaire d'autrui le même ſoin qu'on a pour les ſiennes; *non ſalvâ fide*, dit la Loi 32, ff. *depoſiti*, en parlant d'un dépoſitaire, *minorem quàm ſuis rebus diligentiam præſtabit.* Si dans ces contrats le débiteur n'eſt pas condamnable, pour n'avoir pas apporté à la conſervation de la choſe qui fait l'objet du contrat, le ſoin ordinaire que le commun des hommes apporte à ſes affaires, c'eſt parce qu'on préſume favorablement que s'il a été négligent à l'égard de la choſe qui fait l'objet du contrat, il l'eſt pareillement à l'égard de celles qui lui appartiennent; mais lorſqu'il eſt juſtifié qu'il a eu pour les choſes qui lui appartiennent, un ſoin qu'il n'a pas eu pour la choſe qui fait l'objet du contrat; comme par exemple, ſi dans un incendie un dépoſitaire a ſauvé de l'incendie les choſes qui lui appartenoient, & a laiſſé périr celle qui lui a été donnée en dépôt qu'il étoit également à portée de ſauver, il eſt condamnable, comme ayant manqué à la bonne foi, en n'ayant pas eu, pour la choſe qui lui avoit été donnée en dépôt, le même ſoin qu'il a eu pour les ſiennes. Donc, en meſurant la diligence que doit avoir un aſſocié pour les choſes qui appartiennent à la ſociété, à celle qu'il a pour les ſiennes propres, on n'exige pas plus de lui que ce qu'on exige d'un dépoſitaire.

De cette maniere, on met le contrat de ſociété & le quaſi-contrat de communauté dans la claſſe des contrats qui n'exigent que de la bonne foi, *qui dolum duntaxat recipiunt*, ce qui eſt évidemment oppoſé à la Loi *Contractus* 23, ff. *de reg. jur.* qui diſtingue deux claſſes de contrats, l'une de ceux *qui dolum duntaxat recipiunt*, dans laquelle elle place le contrat de dépôt; l'autre de ceux qui, outre la bonne foi, exigent encore la diligence, par rapport à la choſe qui fait l'objet du contrat; & c'eſt dans cette ſeconde claſſe qu'elle place le contrat de ſociété & le quaſi-contrat de communauté : *Contractus quidam*, dit la Loi, *dolum malum duntaxat recipiunt, quidam & dolum & culpam : dolum tantùm depoſitum. . . . ſocietas & rei communio dolum & culpam recipit.*

Au reſte, quoique l'Auteur n'ait pu me perſuader d'embraſſer ſon ſyſtême, (ce qu'il doit pardonner à un vieillard à qui il n'eſt pas facile de ſe départir de ſes anciennes idées,) je dois cette juſtice à cette Diſſertation, qu'elle eſt tres-ingénieuſe & tres-ſçavante, & qu'elle mérite d'être lue par tous ceux qui ont quelque goût pour la Juriſprudence.

TRAITÉ I
DU
CONTRAT DE VENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. LE Contrat de Vente eſt un contrat par lequel l'un des contractans, qui eſt le vendeur, s'oblige envers l'autre, *de lui faire avoir librement à titre de propriétaire* une choſe, pour le prix d'une certaine ſomme d'argent, que l'autre contractant, qui eſt l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer.

J'ai dit, *de lui faire avoir à titre de propriétaire ;* ces termes qui répondent à ceux-ci, *præſtare emptori rem habere licere*, renferment l'obligation de livrer la choſe à l'acheteur, & celle de le défendre, après qu'elle lui a été livrée, de tous troubles par leſquels on l'empêcheroit de poſſéder la choſe, & de s'en porter pour le propriétaire : mais ils ne renferment pas l'obligation préciſe de lui en transférer la propriété : car un vendeur qui vend une choſe, dont il croit de bonne foi être le propriétaire, quoiqu'il ne le ſoit pas, ne s'oblige pas préciſément à en transféser la propriété ; *hactenùs tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat ;* L. 30, §. 1, ff. *de act. empt.* C'eſt pourquoi quand même l'acheteur découvriroit que le vendeur n'étoit pas propriétaire de la choſe qu'il lui a vendue, & conſéquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, cet acheteur, tant qu'il ne ſera pas inquiété dans ſa poſſeſſion, ne pourra pas pour cela prétendre que le vendeur n'a pas rempli ſon obligation.

Il eſt bien de l'eſſence du contrat de vente, que le vendeur ne veuille pas retenir le droit de propriété de la choſe qu'il vend, lorſqu'il en eſt le propriétaire, & qu'il ſoit tenu en ce cas de la transférer à l'acheteur : *Nemo poteſt videri eam rem vendidiſſe de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat, ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractûs ;* L. 80, ff. *ſin. ;* ff. *de contr. empt.* Mais lorſque le vendeur n'eſt pas le propriétaire, & qu'il croit de bonne foi

l'être, il ne s'oblige, comme nous l'avons dit, qu'à défendre l'acheteur contre tous ceux qui voudroient lui faire délaiſſer la choſe, & l'empêcher de s'en porter pour le propriétaire; *Voyez infrà, n.* 48.

Nous diviſerons ce Traité en ſept Parties. Nous traiterons dans la premiere, de la nature du Contrat de Vente, & de ce qui en conſtitue la ſubſtance: dans la ſeconde, des engagemens du vendeur, & des actions qui en naiſſent: dans la troiſieme, des engagemens de l'acheteur. Nous verrons dans la quatrieme, aux riſques de qui eſt la choſe vendue pendant le temps intermédiaire entre le contrat & la tradition. Nous traiterons dans la cinquieme, de l'exécution & de la réſolution du contrat de vente. Dans la ſixieme, de quelques eſpeces particulieres de contrats de vente. Et dans la ſeptieme, de quelques contrats & actes reſſemblans au contrat de vente ou préparatoires audit contrat.

Nous ajouterons par forme d'*Appendice* un Traité des Retraits auxquels le contrat de vente donne lieu.

Nous ne traiterons pas des Loix de Police contre les monopoles, les arrhemens & les autres malverſations qui ſe commettent dans le commerce, quoique ces Loix appartiennent au contrat de vente, parce que cette matiere eſt de Droit public, & que nous nous ſommes bornés dans nos Traités au Droit privé. Ceux qui veulent s'en inſtruire doivent avoir recours au Traité de Police de *Des-Marre*, & à l'excellent Extrait qu'en a fait un Auteur moderne, dans un livre qui a pour titre, *Code de Police.*

PREMIERE PARTIE.

De la nature du Contrat de Vente, & de ce qui en conſtitue la ſubſtance.

SECTION PREMIERE.

De la nature du Contrat de Vente.

2. CE contrat eſt entiérement du Droit naturel : car non-ſeulement il doit à ce Droit ſon origine, mais il ſe gouverne par les ſeules regles tirées de ce Droit.

Il eſt du nombre de ceux qu'on appelle *Conſenſuels* ; car il ſe forme par le ſeul conſentement des contractans.

Il eſt *ſynallagmatique*, c'eſt-à-dire, qu'il contient un engagement réciproque de chacun des contractans, l'un envers l'autre, ainſi qu'il réſulte de la définition que nous en avons donnée.

C'eſt un contrat *commutatif*, dans lequel l'intention de chacun des contractans eſt de recevoir autant qu'il donne.

SECTION II.

De ce qui conſtitue la ſubſtance du Contrat de Vente.

3. Trois choſes ſont néceſſaires pour le contrat de vente ; une choſe qui en ſoit l'objet, un prix convenu, & le conſentement des contractans.

ARTICLE PREMIER.

De la choſe vendue.

4. Il faut en premier lieu une choſe qui ſoit vendue, & qui faſſe l'objet du contrat : ſi donc ignorant que mon cheval eſt mort, je le vends à quelqu'un ; il n'y aura pas de contrat de vente, faute d'une choſe qui en ſoit l'objet.

Par la même raiſon, ſi me trouvant avec vous à Paris, je vous vends une maiſon que j'ai à Orléans, dans l'ignorance où nous ſommes l'un & l'autre que cette maiſon a été incendiée pour le total ou pour la plus grande partie, ce contrat ſera nul, parce que la maiſon qui en faiſoit l'objet, n'exiſtoit pas ; la place & ce qui reſtoit de cette maiſon n'étoient pas tant la choſe qui faiſoit l'objet de notre contrat, que des reſtes de cette choſe ; L. 57, ff. *de contr. empt.*

Si la plus grande partie de la maiſon avoit échappé aux flammes ; comme on ne peut en ce cas diſconvenir que la maiſon qui fait l'objet du contrat, exiſtoit, quoique diminuée, le contrat ſeroit valable au moins ſelon la ſub-

tilité du Droit ; ſauf que le vendeur doit faire une diminution ſur le prix, pour raiſon de la partie incendiée qu'on croyoit ſubſiſter ; *d.* L. 57, *Voyez in Pandec. Juſtin. tit. de contr. empt.* n. 4. Néanmoins l'équité doit faire admettre l'acheteur qui n'eût pas voulu acheter, s'il eût ſçu que la maiſon n'étoit plus entiere, à demander la réſolution de ce contrat ; *arg.* L. 58, ff. *dit. tit.*

5. Il ne peut, à la vérité, y avoir de contrat de vente, ſans qu'il y ait une choſe vendue ; mais il ſuffit que la choſe vendue doive exiſter, quoiqu'elle n'exiſte pas encore. Par exemple, tous les jours nous vendons avant la récolte, le vin que nous recueillerons : cette vente eſt valable, quoique la choſe vendue n'exiſte pas encore ; mais elle dépend de la condition de ſa future exiſtence ; & ſi la choſe vient à ne pas exiſter, ſi l'on ne recueille point de vin, il n'y aura point de vente.

6. Il n'eſt pas néceſſaire que la choſe vendue ſoit un être phyſique ; on peut vendre une choſe incorporelle, un être moral, une créance, un droit, *&c.*

Une ſimple eſpérance peut même être l'objet d'un contrat de vente : c'eſt pourquoi ſi un pêcheur vend à quelqu'un ſon coup de filet pour un certain prix, c'eſt un vrai contrat de vente, quand même il arriveroit qu'il ne prît aucun poiſſon ; car l'eſpérance des poiſſons qui pourroient être pris, eſt un être moral qui eſt applicable, & qui peut faire l'objet d'un contrat ; L. 8, §. 1, *de contr. empt.*

Cette eſpece donna lieu à cette fameuſe conteſtation rapportée par Plutarque dans la vie de Solon. Des Miléſiens ſe trouvant dans l'iſle de Cos, avoient acheté de quelques pêcheurs leur coup de filet : ces pêcheurs pêcherent un trepié d'or ; les acheteurs le prétendirent. On doit décider qu'ils étoient mal fondés : les vendeurs & les acheteurs n'avoient entendu vendre ou acheter que le poiſſon qui ſeroit pris : le trépié d'or auquel aucune des parties contractantes n'avoit penſé, ne faiſoit donc pas partie du marché ; & c'eſt une bonne fortune dont les pêcheurs ſeuls doivent profiter. Cette déciſion eſt plus juſte que celle de l'Oracle, qui conſulté ſur cette conteſtation, adjugea le trepié au plus ſage des mortels, afin qu'aucune des parties n'oſant s'attribuer cette qualité, le trepié d'or demeurât aux Prêtres.

7. On peut vendre valablement, non-ſeulement ſa propre choſe, mais même la choſe d'autrui ſans le conſentement de celui qui en eſt le propriétaire ; il eſt vrai que celui qui vend la choſe d'autrui ne peut pas ſans le conſentement du propriétaire, transférer la propriété de cette choſe qui ne lui appartient pas, ſelon cette regle de Droit : *Nemo plus juris in alium transferre poteſt quàm ipſe habet ;* L. 54, ff. *de R. J.* Mais le contrat de vente ne conſiſte pas dans la tranſlation de la propriété de la choſe vendue ; il ſuffit pour qu'il ſoit valable, que le vendeur ſe ſoit valablement obligé de faire avoir à l'acheteur la choſe vendue ; & l'obligation qu'il en a contractée ne laiſſe pas d'être valable, quoiqu'il ne ſoit pas en ſon pouvoir de la remplir, par le refus que fait le propriétaire de la choſe, de conſentir à la vente : il ſuffit que ce que le vendeur a promis, ait été quelque choſe de poſſible en ſoi, quoiqu'il ne fût pas en ſon pouvoir ; il doit s'imputer de s'être témérairement obligé ; *Voyez notre Traité des Obligations*, n. 133, 136.

Notre déciſion eſt conforme à celle d'Ulpien en la Loi 28, ff. *de contr. empt.*

rem

rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est, nam emptio est & venditio; sed res emptori auferri potest.

8. On ne peut vendre à quelqu'un la chose dont il est déja propriétaire : *suæ rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emerit;* L. 16, ff. *d. tit.* La raison est que le contrat de vente consiste, suivant la définition que nous en avons donnée, dans l'obligation que contracte le vendeur de faire avoir la chose à l'acheteur; & par conséquent il consiste à rendre l'acheteur créancier de la chose qui lui est vendue : or, il est évident que cela ne peut avoir lieu par rapport à une chose qui appartiendroit déja à l'acheteur; car personne ne peut être créancier de sa propre chose; l'acheteur ne peut pas demander qu'on lui fasse *avoir* une chose qui est déja à lui.

Quoique je ne puisse acheter ma propre chose, néanmoins si je n'ai qu'une propriété imparfaite d'une chose, je puis acheter ce qui manque à mon droit de propriété. Pareillement, si quelqu'un avoit quelque droit par rapport à une chose qui m'appartient; *putà* si j'en étois débiteur envers lui, la vente qu'il me feroit de cette chose seroit valable, & elle seroit censée être la vente du droit qu'il avoit par rapport à cette chose.

De-là nait la décision de la question suivante. Un testateur de qui je suis héritier, a légué à Jacques ma maison : avant la délivrance du legs, Jacques me l'a vendue : cette maison que je croyois m'appartenir en pleine propriété, étoit reversible, & au bout du temps de la reversion, j'ai souffert éviction de cette maison : ai-je action de garantie contre Jacques? Non, car Jacques en me vendant ma maison qui lui avoit été léguée par celui dont je suis héritier, m'a plutôt vendu le droit qu'il avoit par rapport à ma maison en vertu du legs, qu'il ne m'a vendu la maison qu'il ne pouvoit pas proprement me vendre, *cùm rei suæ emptio esse non possit.* L'éviction que j'ai soufferte de cette maison n'est donc pas proprement l'éviction de la chose qu'il m'a vendue, & ne peut pas par conséquent donner lieu à l'action de *evictione* contre lui.

Néanmoins comme la reversion dont nous ignorions que ma maison étoit chargée, étoit une charge qui en dépréciant ma maison, déprécioit d'autant le droit que Jacques avoit par rapport à cette maison, & que j'ai acheté de lui : j'ai action contre lui *ex empto* pour qu'il me fasse diminution sur le prix de ce dont j'aurois acheté de moins son droit, si j'eusse eu connoissance de la charge de la reversion.

Lorsque j'achete ma chose de celui envers qui j'en suis le débiteur, nous avons dit que c'étoit plutôt son droit que j'achetois, que ma chose, parce que le titre en vertu duquel ma chose m'appartient, subsistant, je ne puis pas l'acheter, & on ne peut pas s'obliger à me faire avoir ce qui m'appartient déja, suivant cette regle de Droit : *Non ut ex pluribus causis, idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse;* L. 159, ff. *de R. J. Dominium non potest nisi ex unâ causâ contingere;* L. 3, §. 1, ff. *de acq. poss.* Mais lorsque le titre en vertu duquel une chose m'appartenoit, est détruit, quoique j'en demeure encore en quelque façon propriétaire jusqu'à la retradition que j'en dois faire à celui à qui cette chose doit retourner par l'extinction de mon titre, la vente qu'il me feroit de cette chose, seroit une véritable vente de cette chose; car le titre, en vertu duquel elle m'appartenoit étant détruit, la vente qu'il me

fait de cette choſe, eſt le titre en vertu duquel elle m'appartiendra déſormais. C'eſt pourquoi ſi après que vous m'avez fait donation d'un héritage, & avant que vous y ſoyez rentré, comme vous en aviez le droit par la ſurvenance d'un enfant qui a révoqué la donation, vous me vendez cet héritage; l'achat que je fais de cet héritage, quoiqu'il fût encore en quelque façon ma propre choſe, eſt un véritable & valable achat que je fais de cet héritage; c'eſt vraiment cet héritage que vous me vendez, c'eſt la vente que vous m'en faites qui eſt le titre en vertu duquel il m'appartiendra déſormais; celui en vertu duquel il m'appartenoit auparavant, ayant été détruit par la ſurvenance d'un enfant.

9. Quoique je ne puiſſe acheter purement & ſimplement ma propre choſe, je puis l'acheter ſous la condition & au cas qu'elle ceſſera de m'appartenir, *exiſtimo poſſe me id quod meum eſt ſub conditione emere, quia fortè ſperatur meum eſſe deſinere*; L. 61, ff. *de contr. empt.* Par exemple, ſi je ſuis propriétaire d'une maiſon compriſe dans une ſubſtitution dont je ſuis grevé envers vous; quoiqu'avant l'ouverture de la ſubſtitution je ſois propriétaire de cette maiſon, je puis l'acheter au cas & ſous la condition qu'il y auroit par la ſuite ouverture à la ſubſtitution. Mais ſi j'ai acheté purement & ſimplement ma propre choſe, le contrat eſt nul, & ne deviendra pas valable, quoiqu'elle ceſſe par la ſuite de m'appartenir.

10. On ne peut pas vendre les choſes, qui par leur nature ſont hors du commerce, comme une Egliſe, un Cimetiere, une place publique, un bénéfice, un office non vénal, *&c.*

Lorſque des choſes *divini juris*, comme une chapelle ou un droit de patronage & de préſentation à des bénéfices, ſe trouvent faire partie des dépendances d'une terre, ces choſes ne peuvent pas, à la vérité, ſe vendre ſeules & *per ſe*; mais elles ſe vendent avec la terre dont elles ſont une dépendance, ſoit qu'on les exprime dans le contrat de vente de la terre, ſoit qu'elles ſe trouvent renfermées ſous l'expreſſion générale des dépendances; *Arg.* L. 22 & 24, ff. *de cont. empt.*

11. Il y a auſſi certaines choſes dont les loix de Police défendent la vente, parce qu'elles ſont nuiſibles à la ſanté. Par exemple, il eſt défendu de vendre des bleds ſubmergés; & ſur le rapport du Médecin qu'ils ſont nuiſibles à la ſanté, on doit ordonner qu'ils ſeront jettés à la mer ou à la riviere.

Il eſt défendu aux Bouchers, Charcutiers, Poulaillers, Rôtiſſeurs, de vendre des pourceaux ladres, & de la viande de bête morte de maladie; il eſt défendu aux Marchands Cabaretiers de vendre des vins mixtionnés, & des bieres faites de mauvaiſe matiere.

Par une déclaration du Roi du 23 Mars 1728, il eſt défendu de vendre des poignards, des couteaux en forme de poignards, des piſtolets de poche, des épées en forme de cannes, & autres armes offenſives ſecretes.

Par Edit du mois de Juillet 1682, il eſt défendu de vendre des poiſons qui n'entrent dans aucune compoſition; & à l'égard de ceux qui entrent dans quelque compoſition, ils ne peuvent être vendus qu'à ceux qui ſont d'état & de profeſſion à les employer, & ils doivent écrire ſur le regiſtre du Marchand leur nom, qualité & demeure, & la quantité qu'ils en ont priſe.

12. C'étoit une loi de police chez les Romains, qu'on ne pût vendre toute

eſpece de matériaux unis & incorporés à des bénéfices de Ville, tant qu'ils y étoient unis; en conſéquence la vente qui en avoit été faite étoit nulle; L. 52, ff. *de cont. empt.* Ce droit n'a pas lieu parmi nous: Voyez néanmoins ce qui eſt dit *infrà, p. 2, ch. 1, ſect. 1, art. 5, §. 3, in fine.*

13. Nous ne pouvons acheter ni par nous-mêmes, ni par perſonnes interpoſées, les choſes qui ſont partie des biens dont nous avons l'adminiſtration; ainſi un tuteur ne peut acheter les choſes qui appartiennent à ſon mineur; un adminiſtrateur ne peut acheter aucune choſe du bien dont il a l'adminiſtration: *Tutor rem pupilli emere non poteſt, idemque porrigendum ad curatores, procuratores, & qui aliena negotia gerunt;* L. 34, §. 7, ff. *de contr. empt.*

La nullité de ces ventes n'eſt pas abſolue, comme celle des choſes qui ſont hors du commerce, ou dont le commerce eſt interdit; elle n'eſt prononcée que contre le tuteur ou autre adminiſtrateur, & en faveur du mineur, ou autre à qui la choſe appartient: il n'y a que le mineur ou autre dont la choſe a été vendue, qui puiſſe oppoſer le défaut de cette vente: s'il trouve le marché avantageux, le marché tiendra, & le tuteur ou autre adminiſtrateur qui a acheté, n'en pourra oppoſer la nullité.

Cette nullité n'eſt établie que pour empêcher les fraudes par leſquelles un tuteur, pour ſon propre intérêt, pourroit ou acheter à vil prix, ou ſe rendre acheteur de choſes qu'il n'eſt pas de l'intérêt de ſon mineur de vendre: l'effet de la loi ceſſe, lorſqu'il n'y a aucun lieu de ſoupçonner ces fraudes. C'eſt ſur ce principe qu'il eſt décidé qu'un tuteur eſt reçu à enchérir & à acheter les biens ſaiſis par le créancier de ſon mineur: *Si creditor rem pupilli diſtrahat, tutor emere bonâ fide poterit;* L. 5, §. 5, ff. *de aut. tut. Tutor nihil ex bonis pupilli comparare palam, & bonâ fide prohibetur;* L. 5, *Cod de contr. empt.*

14. On compte auſſi parmi les choſes qui ne peuvent ſe vendre, les héritages & autres immeubles des mineurs, des interdits, de l'Egliſe, & des Corps & Communautés. Ces choſes ne peuvent ſe vendre, ſi ce n'eſt pour quelque juſte cauſe, en vertu du décret du Juge, & en obſervant au préalable certaines formalités.

La nullité de la vente de ces choſes n'eſt auſſi qu'une nullité relative, établie contre l'acheteur, qui n'en peut oppoſer la nullité: elle ne peut être oppoſée que par le mineur, l'interdit, l'Egliſe, le Corps ou la Communauté, en faveur de qui cette nullité eſt établie. Elle ceſſe même de pouvoir l'être, ſi le mineur devenu majeur, ou l'interdit, depuis qu'il a été relevé de ſon interdiction, ou leurs héritiers ont ratifié le contrat, ſoit expreſſément, ſoit tacitement, en ne ſe pourvoyant pas par des lettres de reſciſion dans le temps preſcrit.

Lorſque c'eſt un tiers qui a vendu, comme à lui appartenant, un héritage qui appartenoit à l'Egliſe, ou à des mineurs, ou autres perſonnes ſemblables, la vente eſt valable, de même que nous avons vu que l'étoit la vente de la choſe d'autrui, non quant à l'effet d'en transférer la propriété à l'acheteur, mais quant à l'effet d'obliger le vendeur à la garantie.

15. Domat compte mal-à-propos entre les choſes qui ne peuvent ſe vendre, celles qui ſont chargées de ſubſtitution. Il eſt vrai que lorſqu'elles ſont vendues, elles ne peuvent paſſer à l'acheteur qu'avec la charge de la ſubſtitution, le vendeur ne pouvant pas lui transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même: mais

la vente eſt valable, d'autant plus même que la ſubſtitution peut devenir caduque par le prédécès de ceux qui y ſont appellés. La loi *fin. Cod. de reb. al. non alien.* citée par Domat, ne parle pas de toutes les ſubſtitutions, mais ſeulement de celles qui réſultent de la prohibition qu'a fait un teſtateur d'aliéner une telle choſe hors de ſa famille, & elle ne dit pas que la vente d'une telle choſe n'eſt pas valable: elle dit ſeulement que l'aliénation n'eſt pas valable, c'eſt-à-dire, que cette vente ne transfere pas la propriété à l'acheteur; parce que la vente qui en eſt faite, eſt la condition qui donne ouverture à cette eſpece de ſubſtitution, & en fait paſſer la propriété à ceux qui y ſont appellés.

ARTICLE II.

Du Prix.

16. La ſeconde choſe requiſe pour former un contrat de vente, eſt qu'il y ait un prix convenu entre les parties; *ſine pretio nulla venditio eſt*; L. 2, §. 1, ff. *de contr. empt.* C'eſt pourquoi ſi une perſonne me vendoit une choſe pour le prix qu'elle lui a coûté, & qu'il ſe trouvât que la choſe ne lui a rien coûté & lui a été donnée, il n'y auroit point de vente, parce qu'il n'y auroit point de prix; L. 37, ff. *dict. tit.*

17. Le prix néceſſaire pour former un contrat de vente doit avoir trois qualités. 1°. Il doit être un prix ſérieux; 2°. certain & déterminé, ou du moins qui doive ſe déterminer; 3°. il doit conſiſter en une ſomme d'argent.

§. I.

De la premiere qualité du prix.

18. Le prix doit être un prix ſérieux, & convenu avec intention qu'il pourroit être exigé; c'eſt pourquoi ſi une perſonne me vendoit une choſe pour une certaine ſomme, & que par le contrat il m'en fît remiſe, un tel acte ne ſeroit pas une vente, mais une donation; *cùm in venditione quis pretium rei ponit, donationis causâ non exacturus, non videtur vendere*; L. 36, ff. *dict. tit.* La raiſon eſt que le prix qui eſt de l'eſſence du contrat de vente, eſt un prix ſérieux que l'acheteur s'eſt obligé de payer; c'eſt ce qui réſulte de la définition que nous avons donnée du contrat de vente, *ſuprà*, *n.* 1. Or, dans cette eſpece, l'acheteur n'a jamais été obligé de payer le prix porté par l'acte; puiſqu'on ſuppoſe qu'on lui en a fait remiſe dès le temps de la confection de l'acte; il n'y a donc pas de prix véritable, ni par conſéquent de contrat de vente.

Il en ſeroit autrement ſi la remiſe du prix n'avoit été faite que *ex intervallo*; car il y a eu en ce cas un prix que l'acheteur s'eſt véritablement obligé de payer, ce qui ſuffit pour le contrat de vente; *non (enim) pretii numeratio, ſed conventio perficit emptionem*; L. 2, §. 1, ff. *de contr. empt.*

19. Un prix qui n'a aucune proportion avec la valeur de la choſe vendue, n'eſt pas un véritable prix; *putà* ſi on vendoit une terre conſidérable pour un écu; car le prix n'étant autre choſe que l'eſtimation que les parties contractantes ont faites entr'elles de la valeur de la choſe; une ſomme qui n'a aucune

proportion avec la valeur de cette choſe, ne peut paſſer pour une eſtimation ſérieuſe, ni par conſéquent pour un véritable prix. Un tel contrat n'eſt donc pas une vente, mais une donation fauſſement qualifiée de vente, laquelle doit être ſujette à toutes les formalités des donations, & ne peut être valable qu'entre perſonnes qui peuvent ſe donner.

20. Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire que la ſomme convenue pour le prix, égale préciſément la juſte valeur de la choſe : car le prix dans le contrat de vente n'eſt pas préciſément la vraie valeur de la choſe, mais la ſomme à laquelle les parties contractantes l'ont eſtimée, & il peut arriver qu'elles faſſent cette eſtimation trop baſſe. C'eſt pourquoi, pourvu que la ſomme convenue ne ſoit pas une ſomme de néant, & qui n'ait aucune proportion avec la valeur de la choſe, quoiqu'elle ſoit au-deſſous, le contrat ne laiſſe pas d'être un véritable contrat de vente, dont cette ſomme eſt le prix.

21. Ainſi, lorſque le vendeur a voulu gratifier l'acheteur, en conſentant que le prix fût accordé à une ſomme au-deſſus de la valeur, cela n'empêche pas que le contrat ne ſoit un vrai contrat de vente : *Si quis donationis causâ minoris vendat, venditio valet : toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties univerſa venditio donationis causâ facta eſt ; quoties verò viliore pretio res donationis causâ diſtrahitur ; dubium non eſt venditionem valere ;* L. 38, ff. *de tit.*

On peut néanmoins dire que le contrat en ce cas, n'eſt pas purement & entiérement contrat de vente ; mais un contrat d'une nature mixte, qui tient quelque choſe de la donation, & qui néanmoins, eu égard à ce qui a été la principale intention des parties contractantes, eſt un contrat de vente, plutôt qu'une donation.

Pareillement l'infériorité du prix n'empêche pas qu'un contrat ne ſoit un vrai contrat de vente, lorſque les parties ignoroient la juſte valeur, ou lorſque le vendeur, quoique connoiſſant cette juſte valeur, s'eſt trouvé obligé par le beſoin preſſant qu'il avoit d'argent, de vendre ſa choſe pour la ſomme qu'on lui en offroit, quoiqu'inférieure à la juſte valeur ; mais ce contrat, quoique valable ſelon la rigueur du Droit, & quoiqu'il produiſe ſelon la rigueur du Droit, toutes les obligations qui naiſſent du contrat de vente, eſt un contrat inique, & l'acheteur eſt dans le for de la conſcience, obligé d'en réparer l'iniquité, en ſuppléant ce qui manque au juſte prix ; même dans le for extérieur les loix viennent quelquefois au ſecours du vendeur par les lettres de reſciſion, lorſque la léſion eſt énorme, comme nous le verrons ci-après, *part.* 5.

22. Obſervez que pour qu'un contrat de vente, faite à vil prix, ſoit valable, il faut que l'acheteur ſoit une perſonne à qui il ne fût pas défendu au vendeur de donner ; autrement la vilité du prix fait toujours préſumer que l'intention des parties a été de faire une donation, & le Contrat n'eſt pas valable ; *Voyez infrà, art.* 3, §. 3, *n.* 39.

§. II.

Seconde qualité du prix.

23. Le prix qui eſt de l'eſſence du contrat de vente, doit être un prix certain & déterminé : il n'eſt pas néanmoins néceſſaire qu'il ſoit abſolument déter-

miné: il ſuffit qu'il ſoit tel qu'il doive le devenir, & qu'il ne ſoit pas laiſſé au pouvoir ſeul de l'une des parties.

24. C'eſt pourquoi le contrat de vente eſt valable, lorſque je vends une choſe pour le prix qu'elle ſera eſtimée par un tiers; pourvu néanmoins qu'il arrive que ce tiers, dont nous ſommes convenus, faſſe l'eſtimation: car s'il refuſoit de la faire, ou qu'il mourût avant que de l'avoir faite, il n'y auroit point de vente, ainſi que le décide Juſtinien en la loi derniere, *Cod. de contr. empt.*, parce qu'il ne ſe trouve point de prix. Les parties n'étant convenues que de celui que cette perſonne régleroit, on ne peut pas aſſurer qu'elles aient voulu, à ſon défaut, ſe rapporter au réglement que feroit une autre perſonne; elles ont pu n'avoir confiance qu'en celle-ci. Suivant ce principe, par Arrêt du Parlement de Bordeaux, cité par Automne, *ad* L. *fin. Cod. de contr. empt.*, un vendeur dans cette eſpece, obtint congé de la demande de l'acheteur, qui vouloit l'obliger à convenir d'un autre eſtimateur.

Si le tiers, dont les contractans ſont convenus, a fait une eſtimation, mais qui ſoit manifeſtement inique, il n'y aura pareillement point de vente; & c'eſt la même choſe que s'il n'avoit point fait d'eſtimation; car les contractans, en s'en rapportant à ſon eſtimation, ont entendu, non une eſtimation purement arbitraire, mais une eſtimation *tanquam boni viri*, une eſtimation juſte. C'eſt l'avis de la Gloſe, *ad d. l.* qui eſt plus équitable que celui de Deſpeiſſes, qui veut qu'on s'en tienne à l'eſtimation quelle qu'elle ſoit, & qui ſe fonde ſur ces termes de la loi: *omnimodò ſecundùm æſtimationem pretium ſolvatur.*

Celui donc des contractans qui prétendra que cette eſtimation eſt inique, pourra demander qu'il ſoit fait à ſes dépens une nouvelle eſtimation par experts nommés en Juſtice; & ſi par cette eſtimation il eſt prouvé que celle faite par la perſonne à laquelle les contractans s'en étoient rapportés eſt inique, elle ſera nulle, & en conſéquence le contrat de vente ſera auſſi nul. Au reſte comme l'eſtimation des choſes a une certaine étendue, il ne ſuffira pas pour faire déclarer inique l'eſtimation faite par la perſonne convenue, qu'il y ait une différence modique entre cette eſtimation & la nouvelle, ordonnée par Juſtice; il en faut une conſidérable. Mais cette différence doit elle être de moitié, comme le veut la Gloſe, ou du tiers ou du quart? Je penſe que cela doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge.

25. On peut vendre auſſi une choſe pour le prix qu'elle ſera eſtimée par experts dont les parties conviendront. Si en ce cas le prix n'eſt pas certain lors du contrat, il ſuffit qu'il doive le devenir par l'eſtimation qui en ſera faite.

Quelques Interpretes prétendent que ce contrat eſt un contrat *innommé*, qui donne lieu à l'action *præſcriptis verbis*, & qui imite ſeulement le contrat de vente plutôt qu'un vrai contrat de vente; mais ces ſubtiles diſtinctions de contrats ne ſont point admiſes dans notre Droit François, & ne ſont d'aucun uſage dans la Pratique.

26. Il y a plus de difficulté lorſqu'il eſt ſeulement dit qu'on vend une choſe *pour le prix qu'elle vaut.* Néanmoins comme les conventions doivent être interprétées, *magis ut valeant, quàm ut pereant*, les parties doivent être cenſées être par ces termes convenues du prix que la choſe ſeroit eſtimée va-

loir par des experts dont elles conviendront, de même que dans l'eſpece précédente.

27. Fabianus *de Monte*, en ſon Traité *de empt vend.* qui ſe trouve dans la premiere partie du 6e vol. de la grande collection, feuillet 53, *recto*, propoſe la queſtion de ſçavoir, ſi la convention par laquelle il ſeroit dit que je vous vends une telle choſe pour le prix qu'on m'en offrira, renferme un contrat de vente valable? Et il la décide pour l'affirmative; il fonde ſon ſentiment ſur la Loi, *fin. Cod. de jur. emphyt.* qui ne reçoit aucune application à la queſtion. Je ne crois pas qu'une telle convention doive être admiſe comme contrat de vente dans les Tribunaux; elle donneroit lieu à trop de fraudes. L'acheteur pourroit interpoſer une perſonne qui offriroit un prix très-bas pour avoir la choſe à vil prix, & le vendeur pourroit en interpoſer une qui offriroit un prix très-haut pour la vendre bien cher; d'ailleurs le vendeur qui ne voudroit pas tenir le contrat, pourroit cacher à l'acheteur les offres qui lui auroient été faites; on ne peut donc admettre cette convention comme contenant un contrat de vente; on pourroit plutôt la conſidérer comme une convention par laquelle le propriétaire de l'héritage s'obligeroit envers l'autre partie, à lui accorder la préférence, lorſqu'il le voudroit vendre; & cette obligation l'engageroit à ne point vendre à un autre, qu'il n'eût énoncé auparavant à cette partie le marché qui lui étoit offert, ſommation de déclarer dans un temps court, ſi elle entendoit acheter aux conditions propoſées.

28. C'eſt une maniere de vendre fort uſitée dans notre Province de l'Orléanois, que de vendre le vin de ſa récolte au prix que les voiſins vendront le leur; ce contrat eſt valable; car le prix quoiqu'incertain lors du contrat, deviendra certain par la vente que feront les voiſins, & il ne ſera pas moins certain, quoique les voiſins vendent à différens prix; car les parties ſont cenſées être convenues en ce cas du prix mitoyen entre ces différens prix.

29. Si l'on vendoit une choſe pour le prix que l'une des parties voudroit par la ſuite ſtatuer, la vente ſeroit nulle; L. 35, §. 1, ff. *de contr. empt.*

§. III.

De la troiſieme qualité du prix.

30. Le prix pour lequel on vend une choſe doit conſiſter en une ſomme de deniers que l'acheteur s'oblige de payer au vendeur. S'il conſiſtoit dans toute autre choſe le contrat ne ſeroit pas un contrat de vente, mais plutôt un contrat d'échange. *Emptionem rebus fieri non poſſe pridem placuit;* L. 7, *Cod. de rer. permut.*

Néanmoins ſi outre la ſomme d'argent convenue pour le prix, l'acheteur s'obligeoit de donner en outre, pour ſupplément du prix quelqu'autre choſe, ou de faire quelque choſe, le contrat ne laiſſeroit pas de paſſer pour contrat de vente: *Si vendidi tibi inſulam certâ pecuniâ, & ut aliam inſulam meam reficeres; agam ex vendito ut reficias; ſi hoc ſolum ut reficeres, non intelligitur emptio venditio*; L. 6, §. 1, ff. *de act. empt.*

Il nous reſte à obſerver que pourvu que par le contrat les parties ſoient convenues pour prix d'une ſomme d'argent, quoique par la ſuite l'acheteur ait donné en paiement une autre choſe, & n'ait payé aucun argent, le contrat ne laiſſe pas d'être & de demeurer contrat de vente; *non enim pretii numeratio, ſed conventio perficit emptionem*, comme il a déja été dit ci-deſſus.

ARTICLE III.

Du conſentement des Parties contractantes.

31. Le conſentement des parties contractantes, qui eſt de l'eſſence du contrat de vente, conſiſte dans le concours de la volonté du vendeur de vendre telle choſe à l'acheteur pour un tel prix, & de celle de l'acheteur d'acheter de lui ladite choſe pour ledit prix. Comment ce conſentement doit-il intervenir, & ſur quoi? C'eſt ce que nous allons examiner.

§. I.

De quelles manieres le conſentement des Parties contractantes doit-il intervenir dans le Contrat de Vente.

32. Dans le contrat de vente, de même que dans les autres contrats, le conſentement des parties peut intervenir non-ſeulement entre préſens, mais entre abſens, par lettres, ou par un entremetteur, *per epiſtolam, aut per nuntium.*

Pour que le conſentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui propoſer le marché, ait perſévéré juſqu'au temps auquel ſa lettre ſera parvenue à l'autre partie, & auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptoit le marché.

Cette volonté eſt préſumée avoir perſévéré tant qu'il ne paroît rien de contraire; mais ſi j'ai écrit à un Marchand de Livourne une lettre par laquelle je lui propoſois de me vendre une certaine partie de marchandiſes pour un certain prix, & qu'avant que ma lettre ait pu lui parvenir, je lui en aie écrit une ſeconde, par laquelle je lui marquois que je ne voulois plus cette emplette, ou qu'avant ce temps je ſois mort, ou que j'aie perdu l'uſage de la raiſon; quoique ce Marchand de Livourne au reçu de ma lettre, ignorant, ou mon changement de volonté, ou ma mort, ou ma démence, ait fait réponſe qu'il acceptoit le marché propoſé; néanmoins il ne ſera intervenu entre nous aucun contrat de vente; car ma volonté n'ayant pas perſévéré juſqu'au temps auquel ce Marchand a reçu ma lettre, & accepté la propoſition qu'elle contenoit; il ne s'eſt pas rencontré un conſentement ou concours de nos volontés néceſſaire pour former le contrat de vente. C'eſt l'avis de Barthole & des autres Docteurs cités par Bruneman; *ad* L. 1, ff. *de contr. empt.* qui ont rejetté avec raiſon l'avis contraire de la gloſe, *ad dictam legem.*

Obſervez néanmoins que ſi ma lettre a cauſé quelque dépenſe à ce Marchand pour l'exécution du marché que je lui propoſois par cette lettre, ou ſi elle

ſi elle lui a occaſionné quelque perte ; *putà* ſi dans le temps intermédiaire entre la réception de la premiere, & celle de la ſeconde, le prix des marchandiſes a baiſſé, & que ma premiere lettre lui ait fait manquer l'occaſion de les vendre avant la diminution ; dans tous leſdits cas, je ſuis tenu de l'indemniſer, ſi mieux je n'aime conſentir au marché propoſé par ma premiere. Cette obligation naît de cette regle d'équité, que perſonne ne doit ſouffrir du fait d'un autre : *Nemo ex alterius facto prægravari debet* ; je dois donc l'indemniſer de la dépenſe & de la perte que je lui ai cauſée par la propoſition que je lui ai faite, & que je ne veux plus aujourd'hui exécuter.

Par la même raiſon, ſi ce Marchand de Livourne, au reçu de ma premiere lettre, avoit fait charger pour mon compte, & avoit fait partir les marchandiſes que je lui demandois, avant que d'avoir reçu ma ſeconde lettre, qui contenoit la révocation de ce que je lui avois mandé par ma premiere, ou dans l'ignorance où il étoit de ma démence ou de ma mort qui avoit empêché la concluſion du marché ; quoiqu'en ce cas il ne ſoit proprement intervenu aucun contrat de vente entre nous, néanmoins il ſera en droit de m'obliger moi ou mes héritiers à exécuter le marché propoſé par ma lettre, non en vertu d'aucun contrat de vente, mais en vertu de l'obligation que j'ai contractée par ma lettre de l'indemniſer ; obligation qui réſulte de cette regle d'équité : *Nemo ex alterius facto prægravari debet.*

33. Le contrat de vente peut ſe faire entre préſens, verbalement & ſans écrit ; il faut néanmoins bien prendre garde, ſi ce que les parties ont dit, exprime une vente ou un ſimple pourparler de vente, qui n'oblige point, & laiſſe la liberté de changer de volonté.

Les Docteurs ont agité cette queſtion : ſi par ce diſcours que je vous ai adreſſé ; *je veux vous vendre une telle choſe pour la ſomme de tant*, auquel vous avez répondu, *je veux bien en donner ce prix*, le contrat de vente de cette choſe eſt parfait ? Cynus prétend que ce n'eſt qu'un pourparler ; parce que *vouloir vendre* n'eſt pas encore vendre, de même que vouloir monter ſur un arbre n'eſt pas y monter. Fabien *de Monte*, p. 54, ſoutient au contraire avec plus de raiſon, que ce diſcours exprime une vente qui a toute ſa perfection. Il répond à l'objection, qu'il eſt bien vrai que vouloir faire une choſe n'eſt pas encore la faire, lorſque cette choſe conſiſte dans un fait extérieur ; ainſi vouloir monter ſur un arbre n'eſt pas encore y monter. Mais vouloir faire une choſe, qui ſe fait par la volonté qu'on a de la faire ſans aucun fait extérieur, c'eſt la faire. C'eſt pourquoi, *vouloir vendre*, eſt la même choſe que *vendre*, lorſque la volonté de celui à qui je veux vendre, concourt avec la mienne ; & dire *je veux vendre*, eſt la même choſe que dire *je vends*.

Le même Auteur, *ibid.* obſervé qu'il faudroit décider autrement, ſi je m'étois exprimé par le temps imparfait, & qu'au lieu de dire, *je veux vous vendre*, j'euſſe dit, *je voudrois vous vendre telle choſe pour la ſomme de tant* ; parce que, dit-il, *verbum imperfecti temporis rem adhuc imperfectam ſignificat* ; c'eſt pourquoi dans cette eſpece, quoique vous ayez répondu que vous voulez bien en donner ce prix, il n'y a pas encore de vente, & je puis changer de volonté, à moins que je ne vous aie répliqué que *c'eſt une affaire faite*, ou quelqu'autre choſe de ſemblable.

§. II.

Sur quelles choſes doit intervenir le conſentement.

34. Le conſentement qui forme le contrat de vente, doit intervenir, 1°. ſur la choſe qui fait l'objet du contrat : 2°. ſur le prix ; 3°. ſur la vente même.

Premiérement, il doit intervenir ſur la choſe qui fait l'objet du contrat.

Il n'y a donc point de contrat de vente ſi l'un compte vendre une choſe, & l'autre en acheter une autre ; L. 9, ff. *de cont. empt.* Pareillement il n'y a point de contrat de vente, ſi l'on me vend un ſac d'orge que je prends pour du bled ; ou une tabatiere de tombac que je prends pour de l'or ; car quoique nous convenions du corps qui eſt vendu, nous ne convenons point de la matiere qui en fait la ſubſtance, & par conſéquent nous ne convenons point proprement de la choſe vendue : ce qui fait dire à Ulpien ; *nullam eſſe venditionem puto, quoties in materiâ erratur* ; *d.* L. §. 2.

35. Si l'erreur ne concerne que quelque qualité accidentelle de la choſe, comme ſi on vend un drap pour bon, qui eſt mauvais, cette erreur n'empêche pas que nous ne ſoyons vraiment convenus de la choſe vendue, & par conſéquent il y a un contrat de vente ; L. 10, *dict. tit.* L'erreur qui ne concerne que le nom de la choſe, fait encore moins d'obſtacle au conſentement requis pour la validité du contrat de vente ; *Nihil facit error nominis quum de corpore conſtat* ; *d.* L. 9, §. 1.

36. Le conſentement doit auſſi intervenir ſur le prix. Ce conſentement ne ſe trouve point, ſi l'un compte vendre pour une ſomme plus grande que celle pour laquelle l'autre compte acheter ; il n'y a donc pas en ce cas de contrat de vente, faute de conſentement.

Au contraire ſi l'acheteur compte par erreur acheter plus que la ſomme pour laquelle le vendeur veut vendre, le contrat de vente vaut pour cette ſomme que le vendeur a voulu vendre, & il eſt vrai que les parties ſont convenues de cette ſomme ; car elle eſt compriſe dans la plus grande pour laquelle l'acheteur a voulu acheter ; celui qui veut acheter pour une grande ſomme, veut acheter pour la moindre qui eſt compriſe dans la plus grande.

37. Enfin le conſentement doit intervenir ſur la vente même, *ſi in ipſâ emptione diſſentiant, emptio imperfecta eſt*, *d.* L. 9 ; c'eſt-à-dire, que l'un doit vouloir vendre & l'autre vouloir acheter. Mais ſi l'un vouloit vendre à l'autre une certaine maiſon pour un certain prix ; par exemple, pour neuf mille livres, & que l'autre comptât ſeulement la prendre à loyer pendant neuf ans pour ladite ſomme, il n'y auroit en ce cas ni vente ni louage, n'y ayant pas de conſentement ; l'un ayant voulu vendre, & l'autre n'ayant pas voulu acheter, mais prendre à loyer. On ne peut pas dire que celui qui a voulu prendre à loyer, ait voulu a plus forte raiſon acheter pour le même prix ; car ignorant qu'on vouloit vendre, il n'a pas pu vouloir acheter : il eſt ſeulement vrai qu'il auroit voulu acheter s'il l'eût ſçu ; ce qui eſt très-différent d'avoir effectivement voulu acheter. Il n'eſt pas de cette erreur, comme de celle de celui qui croit acheter pour dix écus ce qu'on lui vend pour neuf ;

car neuf étant contenus dans dix, celui qui veut acheter pour dix, veut véritablement acheter pour neuf.

38. Le conſentement ſur la vente conſiſtant dans le concours de la volonté que le vendeur a dû avoir de vendre, & de celle que l'acheteur a dû avoir d'acheter, il n'y a pas de contrat de vente, s'il paroît par les circonſtances que les parties n'ont pas eu la volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiſer un autre contrat ſous la fauſſe apparence d'un contrat de vente.

C'eſt ce qui paroît dans le fameux contrat, vulgairement connu ſous le nom de contrat *mohatra*, par lequel vous me vendez une choſe à crédit, que je revends au comptant incontinent ou très-peu après à vous-même, ou à une perſonne par vous interpoſée, pour une ſomme moindre que le prix pour lequel vous me l'avez vendue, dont je reſte envers vous débiteur : il eſt évident que dans ce contrat nous n'avons pas eu une véritable volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiſer ſous une fauſſe apparence de contrat de vente, le pret uſuraire que vous me faites de la ſomme d'argent que vous m'avez comptée. C'eſt pourquoi ſi vous me demandez le prix que je me ſuis obligé de vous payer par le prétendu contrat de vente, de la choſe que je vous ai revendue au comptant, je ſerai admis à ſoutenir que ſans avoir égard à ce contrat, qui ſera déclaré nul & ſimulé, je dois avoir congé de votre demande, en vous payant ſeulement la ſomme d'argent que j'ai reçue de vous.

Il pourroit même y avoir lieu à vous pourſuivre extraordinairement comme uſurier, ſuivant les circonſtances ; *putà*, s'il y avoit une grande différence entre le prix pour lequel vous m'avez vendu la choſe à crédit, & celui pour lequel vous me l'avez rachetée au comptant, d'où il en réſulteroit une uſure énorme.

Si ces contrats ſont réprouvés & réputés un prêt uſuraire dans le for extérieur, ils ne doivent pas moins être jugés tels dans le for de la conſcience : la direction d'intention que vous vous êtes faite de ne pas vouloir me prêter à intérêt la ſomme d'argent dont j'avois beſoin, mais de vouloir me vendre une choſe à crédit, & la racheter de moi pour cette ſomme moindre que celle pour laquelle vous me l'auriez vendue, eſt une pure illuſion de la cupidité qui peut nous tromper, mais qui ne peut tromper Dieu, qui ſonde le fond des cœurs, & qui ne juge pas des volontés par ce que vous vous êtes fauſſement imaginé vouloir, mais parce que vous avez réellement voulu dans le ſecret de votre cœur. Or, il n'eſt pas douteux que dans l'eſpece propoſée votre véritable volonté, quoique vous vous la ſoyez diſſimulée, n'a été autre choſe que de vouloir tirer un profit uſuraire de l'argent que vous m'avez compté, en déguiſant un pret ſous l'enveloppe des faux contrats de vente & revente d'une marchandiſe dont je n'avois pas beſoin ; *Deus non irridetur.*

39. Lorſqu'une vente eſt faite à vil prix à une perſonne à qui les Loix ne permettent pas de donner, on préſume auſſi que le prétendu vendeur n'a pas eu une véritable volonté de vendre, mais que ſa volonté a plutôt été de donner & de déguiſer ſa donation ſous la fauſſe apparence d'un contrat de vente. Sur ce principe, ſi un mari a vendu à ſa femme ſéparée de biens, un héritage à vil prix, les héritiers du mari ſont admis à le répéter ſans avoir

égard à la vente qui en a été faite, qui ſera déclarée nulle & ſimulée, en offrant ſeulement de rendre à la femme la ſomme qu'elle a payée.

Neratius, qui étoit de la ſecte des Proculéiens, vouloit néanmoins qu'en ce cas on examinât ſi le mari avoit effectivement eu intention de vendre cette choſe, ou s'il n'avoit fait cette vente qu'à cauſe de la donation qu'il vouloit faire à ſa femme; ce n'eſt, ſelon lui, que dans ce dernier cas que la vente doit être déclarée nulle; dans l'autre cas les héritiers du mari ne peuvent, ſelon lui, répéter que ce qui manque du juſte prix; la donation que le mari a voulu faire à ſa femme, ne tombant en ce cas que ſur ce qu'il lui a remis du juſte prix. Cette diſtinction de Neratius eſt bonne dans la théorie; mais *in praxi* & dans les Tribunaux, pour éviter les procès auxquels donneroit lieu l'examen & la diſcuſſion de la volonté qu'a eu le mari, je penſe qu'on doit préférer l'opinion de Julien & des Sabiniens, qui décident indiſtinctement que la vente faite à vil prix à une femme, doit être déclarée nulle & ſimulée. Ces deux opinions ſont rapportées en la Loi 5, §. 5, ff. *de donat. int. vir. & ux.* Il paroît que celle des Sabiniens avoit prévalu; car Ulpien en la Loi 38, ff. *de contr. empt.* après avoir dit, *ſi quis donationis cauſâ minoris vendat, venditio valet*; dit diſtinctement, *hoc inter cæteros: inter virum verò & uxorem, donationis cauſâ venditio facta pretio viliore, nullius momenti eſt.*

Suivant le même principe, lorſqu'un pere a vendu un héritage à vil prix à l'un de ſes enfans, qui vient par la ſuite à la ſucceſſion avec ſes frères & ſœurs, cette vente doit être déclarée nulle, comme étant une donation déguiſée que le pere lui avoit voulu faire; & il doit être en conſéquence obligé au rapport de cet héritage, à la charge par la ſucceſſion de lui tenir compte de la ſomme qu'il a payée à ſon pere; *Voyez notre Introd. au Titre des Succeſſions de la Coutume d'Orléans*, n. 77.

SECONDE PARTIE.

Des engagemens des Vendeurs, & des actions qui en naiſſent.

40. Les engagemens du vendeur naiſſent, ou de la nature même du contrat; ou de la bonne foi qui doit régner dans les contrats, ou des clauſes particulieres du contrat.

CHAPITRE PREMIER.

Des engagemens du Vendeur qui naiſſent de la nature du Contrat de Vente.

41. Le vendeur, ſuivant la définition que nous avons donnée du contrat de vente, s'oblige envers l'acheteur à lui *faire avoir librement à titre de propriétaire* la choſe vendue.

De-là naiſſent, 1°. l'obligation de livrer à l'acheteur la choſe vendue, & de veiller à la conſervation de cette choſe juſqu'à la tradition. 2°. L'obligation de la garantie des évictions. 3°. L'obligation de la garantie des charges réelles non-déclarées par le contrat, auxquelles on prétendroit que la choſe vendue eſt ſujette. 4°. Enfin l'obligation de la garantie de certains vices qu'on appelle *redhibitoires*.

SECTION PREMIERE.

De l'obligation de livrer la choſe, & de veiller à ſa conſervation juſqu'à la livraiſon.

Nous verrons, 1°. ce que comprend cette obligation; 2°. où & quand la choſe doit être livrée; 3°. quel ſoin le vendeur doit apporter à la conſervation de la choſe juſqu'à la tradition: 4°. nous examinerons quand l'extinction, ou la perte de la poſſeſſion de la choſe fait ceſſer l'obligation de la livrer. 5°. Enfin nous traiterons de l'action qui naît de cette obligation.

ARTICLE PREMIER.

Que comprend l'obligation de livrer la choſe.

42. Le vendeur doit livrer la choſe à l'acheteur, ſi elle n'eſt déja pardevers lui.

C'eſt une ſuite de l'obligation de livrer la choſe vendue, que le vendeur

doive faire à ſes frais ce qui eſt néceſſaire pour ſatisfaire à cette obligation.

C'eſt pourquoi ſi la choſe vendue ſe trouvoit engagée à quelque créancier du vendeur qui l'eût en ſa poſſeſſion, le vendeur ſeroit obligé de la dégager à ſes frais, pour la livrer. C'eſt ainſi que doit s'entendre la Loi 5, *Cod. de evict. Ex his prædiis quæ mercata eſt ſi aliqua à venditore obligata, necdum tibi tradita ſunt, ex empto actione conſequeris, ut à venditore liberentur.*

43. Il ſuit auſſi de ce principe, que n'étant pas permis à celui qui a vendu ſon vin de le livrer ſans avoir obtenu un congé ou permiſſion du Bureau des Aides, il doit pour ſe mettre en état de ſatisfaire à ſon obligation, obtenir à ſes frais ce congé & le remettre à l'acheteur; à moins qu'il ne ſoit expreſſément convenu que le congé ſeroit aux frais de l'acheteur.

44. Par la même raiſon, celui qui a vendu du bled à tant par mine, doit le faire meſurer à ſes frais, ſuivant une ancienne Ordonnance de ſaint Louis de 1258, à moins qu'il ne ſoit expreſſément convenu que le meſurage ſe feroit aux frais de l'acheteur; car la livraiſon ne pouvant s'en faire, que ce meſurage n'ait été préalablement fait, le vendeur doit faire faire à ſes frais ce meſurage, pour ſe mettre en état de faire cette livraiſon.

45. Par la même raiſon, lorſqu'on a vendu des marchandiſes qui ſont dans un certain lieu, le vendeur eſt tenu, ou de faire remettre les clefs à l'acheteur, afin qu'il puiſſe les enlever, ou de faire trouver quelqu'un ſur le lieu, qui faſſe faire ouverture des lieux à l'acheteur, afin qu'il puiſſe enlever les marchandiſes qu'on lui a vendues.

46. Au reſte, l'enlevement ſe fait aux frais de l'acheteur; car le vendeur ſatisfait pleinement à ſon obligation de livrer la choſe; lorſqu'il a fait ce qui dépendoit de lui de ſa part, pour que l'acheteur pût, quand il voudroit, enlever la choſe, l'enlevement eſt l'affaire de l'acheteur.

47. L'obligation de livrer une choſe, renferme auſſi celle de livrer toutes les choſes qui en ſont partie, ou en ſont des acceſſoires.

Sur les choſes qui ſont cenſées faire partie d'un héritage de campagne ou d'une maiſon de ville, voyez notre Introduction générale à la Coutume d'Orléans, *n.* 47 & 48, & nos notes ſur les articles 353, 355, 356 de ladite Coutume.

Les titres & tous les enſeignemens qui concernent un héritage, en ſont des acceſſoires que le vendeur eſt obligé de remettre à l'acheteur.

Enfin, il doit remettre avec la choſe, les fruits, tant naturels que civils, nés & perçus depuis que l'acheteur a payé le prix; *Paul, ſentent.* 11, 17, 7. *Cujac. obſ. XXI*, 15.

Cette reſtitution des fruits eſt due *ex naturâ contractûs*; il n'eſt pas néceſſaire pour cela que le vendeur ait été mis en demeure de livrer la choſe: mais le vendeur avant la demeure, eſt tenu ſeulement de faire raiſon des fruits qu'il a perçus; au-lieu que depuis la demeure, il eſt tenu de faire raiſon, même de ceux qu'il n'a pas perçus, ſi l'acheteur eût pu les percevoir.

48. Enfin, la livraiſon à laquelle le vendeur s'engage par le contrat de vente, eſt une livraiſon par laquelle il doit transférer à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la choſe, & par rapport à cette choſe.

Mais le vendeur ne s'oblige pas par le contrat préciſément à transférer la

propriété de la choſe qu'il vend, s'il n'en eſt pas le propriétaire ; il s'oblige ſeulement à mettre l'acheteur en poſſeſſion de la choſe, & à le défendre contre tous ceux qui par la ſuite voudroient la lui faire délaiſſer, ou y prétendre quelques droits : *Hactenus tenetur ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* ; L. 30, §. 1, ff. *de act. empt.* C'eſt pourquoi, ſi quelqu'un m'a vendu de bonne foi un héritage qui ne lui appartient pas, dont il m'a mis en poſſeſſion, quoique je vienne à découvrir par la ſuite qu'il n'en étoit pas le propriétaire ; néanmoins je n'ai aucune action contre lui, tant que je ne ſuis troublé par perſonne, comme nous l'avons obſervé *ſuprà*, *n.* 1.

On a coutume d'oppoſer contre cette déciſion la Loi *fin.* ff. *de cond. cauſ. dat.* & on a coutume auſſi d'y répondre, que la Loi oppoſée n'eſt pas dans le cas d'un contrat de vente ; mais dans le cas d'une autre eſpece de contrat *do ut des*, dans lequel quelqu'un s'étoit formellement obligé à transférer à l'autre contractant la propriété de l'eſclave Stichus, qui faiſoit l'objet de ce contrat.

Caillet, Profeſſeur de Poitiers, vers le commencement du 17e. ſiecle, dans un fort beau Commentaire *ad tit. Cod. de evict.* qui eſt dans le Theſaurus de M. Meerman, *Tom. II*, *ad* L. 5, *d. tit.* dit que le principe des Juriſconſultes Romains, que le vendeur n'eſt pas cenſé s'obliger préciſément à transférer à l'acheteur la propriété de la choſe vendue, eſt un principe purement arbitraire, adopté par ces Juriſconſultes, qui n'eſt point pris dans la nature, & qui ne doit point être ſuivi dans notre Pratique Françoiſe : cet Auteur ne cite aucun garant de ſon opinion. Le principe des Juriſconſultes paroît avoir ſon fondement dans la nature du contrat, & dans les termes qui y ſont uſités : on y dit que le vendeur *vend* ; & pour expliquer ce terme *vend*, on ajoute *cede*, *quitte & délaiſſe*, *& promet garantir & défendre de tous troubles* : ces termes ne préſentent d'autre obligation contractée par le vendeur, que celle de céder à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la choſe en la lui délaiſſant, & de le défendre de tous troubles qu'on pourroit apporter à ſa poſſeſſion. L'obligation de transférer la propriété de la choſe, n'eſt point exprimée par ces termes.

ARTICLE II.

Du temps & du lieu de la livraiſon.

§. I.

Du temps.

49. Pour que le vendeur rempliſſe ſon engagement, il ne ſuffit pas qu'il ſoit prêt à livrer la choſe qu'il a vendue ; il faut qu'il la livre dans le temps & au lieu auquel elle doit être livrée.

S'il a été convenu par le contrat, d'un terme dans lequel la livraiſon devroit ſe faire, elle doit ſe faire dans ce terme ; & ſi l'acheteur a ſouffert de ce qu'elle n'a pas été faite dans le terme, le vendeur eſt tenu des dommages & intérets de l'acheteur. Il n'en ſeroit pas néanmoins tenu, ſi c'étoit par un cas imprévu qu'il n'eut pu me faire la livraiſon au temps marqué ; *puta*, ſi un Charpentier qui m'a vendu un preſſoir, qu'il s'eſt obligé de me faire & de me livrer pour

la vendange prochaine, a été ſurpris par une maladie ſi aiguë, qu'il n'a pu le livrer au temps marqué, ni m'avertir de me pourvoir ailleurs, il ne ſera pas tenu du dommage que j'en ſouffre; Molin. *Tr. de eo quod int. n.* 187.

Quoique ſelon les principes de Droit le ſeul laps du terme, ſans interpellation, conſtitue ſuffiſamment en demeure le vendeur, & le rende ſujet aux dommages & intérêts de l'acheteur, néanmoins dans nos uſages, le vendeur doit être interpellé par une interpellation judiciaire, c'eſt-à-dire, par une aſſignation ou ſommation.

50. Quand il n'y a point eu de terme préfini par le contrat, le vendeur doit livrer la choſe auſſi-tôt que l'acheteur, qui en a payé le prix, ou qui l'offre, la demande, à moins qu'il n'y eût quelque juſte cauſe qui en retardât la livraiſon.

§. II.

Du lieu.

51. Lorſqu'on eſt convenu du lieu de la livraiſon, elle doit ſe faire en ce lieu; l'acheteur n'eſt point obligé de la recevoir ailleurs, & il ne peut exiger du vendeur qu'il la livre ailleurs.

52. S'il n'y a point de lieu exprimé, la livraiſon doit ſe faire au lieu où eſt la choſe: c'eſt à l'acheteur à l'envoyer chercher; le vendeur ne peut pas, depuis le contrat, ſans une juſte cauſe, la tranſporter dans un autre lieu où la livraiſon ſeroit plus incommode, ou plus coûteuſe à l'acheteur: s'il le fait, il doit indemniſer l'acheteur de ce qu'il lui en aura coûté de plus pour l'enlever.

ARTICLE III.

De l'obligation de conſerver la choſe juſqu'à la livraiſon.

53. L'obligation que le vendeur contracte, *præſtare emptori rem habere licere*, renferme manifeſtement celle de veiller à la conſervation de cette choſe, juſqu'à la livraiſon.

54. Quelle diligence doit-il apporter à cela? Il ſuffit qu'il y apporte une diligence commune & ordinaire: on n'exige pas de lui la plus ſcrupuleuſe diligence; cela eſt décidé par la Loi 35, §. 4, *de cont. empt.* & la déciſion eſt conforme à ce principe de Droit: *In contractibus, in quibus utriuſque contrahentis utilitas verſatur, levis culpa non etiam leviſſima præſtatur;* L. 5, §. 2, ff. *commod.*

55. Cette obligation de veiller à la conſervation de la choſe vendue, ceſſe lorſque l'acheteur eſt en demeure d'enlever la choſe qui lui a été vendue; car cette obligation étant une ſuite de celle de livrer la choſe, le vendeur eſt cenſé ne s'être obligé à prendre ce ſoin que juſqu'à la livraiſon; il doit donc être déchargé de ce ſoin, lorſqu'il ne tient pas à lui que la choſe ne ſoit livrée: il ne doit pas dépendre de l'acheteur, en retardant par ſon fait la livraiſon, de prolonger l'obligation du vendeur à cet égard.

Quoique le vendeur ſoit en ce cas déchargé du ſoin de veiller à la conſervation de la choſe vendue, il ne laiſſe pas d'être obligé par rapport à la choſe

vendue, à tout ce qu'exige la bonne foi: *Cùm moram emptor adhibere cœperit, jam non culpam, ſed dolum tantùm præſtandum à venditore;* L. 17, ff. *per & com. rei vend.* C'eſt pourquoi, ſi depuis que l'acheteur eſt en demeure d'enlever la choſe, le vendeur, par malice, la laiſſe perdre ou détruire, il ſera tenu de cette perte. Il en eſt de même, ſi on peut lui reprocher une négligence craſſe, une lourde faute; car une telle faute ne differe gueres de la malice, & eſt contraire à la bonne foi; *lata culpa dolo comparatur;* L. 1, §. 1, ff. *Si mens falſ. Diſſoluta negligentia, propè dolum eſt;* L. 29, ff. *mand.* Par exemple, depuis que le Marchand à qui j'ai vendu mon vin eſt en demeure de l'enlever, quoique le vin ſoit ſur ſes riſques, & que je ne ſois plus obligé de veiller à ſa conſervation, néanmoins ſi l'on vient m'avertir qu'il eſt en danger imminent de ſe perdre, & qu'étant ſur le lieu & ayant la facilité d'y faire apporter remede, je néglige de le faire, c'eſt de ma part une négligence affectée qui tient de la malice, qui me doit rendre reſponſable de la perte.

ARTICLE IV.

Quand l'extinction ou la perte de la poſſeſſion de la choſe vendue fait-elle ceſſer l'obligation de la livrer.

§. I.

De la perte ou extinction de la choſe.

56. Suivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *p.* 3, *ch.* 6, lorſqu'on a vendu un corps certain, l'obligation de livrer la choſe vendue, étant l'obligation d'un corps certain, cette obligation ceſſe & s'éteint, lorſque la choſe vendue vient à périr ſans la faute du vendeur, & avant qu'il ait été conſtitué en demeure de la livrer; car il ne peut plus y avoir de dette, lorſqu'il n'y a plus de choſe due.

S'il reſtoit quelque choſe de la choſe vendue, le vendeur ſeroit ſeulement tenu de livrer ce qui en reſte.

57. Lorſque c'eſt par le fait ou la faute du vendeur que la choſe eſt périe, il n'eſt pas quitte de ſon obligation, mais il eſt tenu envers l'acheteur de ſes dommages & intérets, réſultans de la perte de la choſe; c'eſt l'effet de ſon obligation de conſerver la choſe, qui eſt acceſſoire à celle de la livrer.

Il en eſt de meme, lorſque la choſe a péri par le fait de quelqu'un, des faits duquel le vendeur eſt reſponſable, tels que ſont ſes domeſtiques; *Tr. des Obl. n.* 456. Mais ſi la choſe a péri par le fait d'un étranger, que le vendeur n'a pu empecher, le vendeur eſt libéré de ſon obligation; il eſt ſeulement tenu de ſubroger l'acheteur en ſes droits & actions, contre celui qui a cauſé la perte de la choſe.

58. Ces principes ont lieu, lorſque la choſe a péri avant que le débiteur ait été mis en demeure de la livrer; mais ſi elle n'a péri que depuis, quoiqu'elle ſoit périe ſans la faute du vendeur, & par une force majeure, le vendeur n'eſt pas toujours en ce cas quitte de ſon obligation; car ſi la choſe ne fût pas également périe chez l'acheteur, s'il la lui eût livrée lorſqu'il a été ſommé de le

faire, il eſt tenu d'en payer l'eſtimation à l'acheteur. La raiſon eſt, comme nous l'avons expliqué en notre Traité des Obligations, *n.* 663, qu'un créancier ne doit pas ſouffrir de la demeure du débiteur, *mora debitoris non debet eſſe creditori damnoſa.* C'eſt pourquoi, par exemple, ſi depuis que j'ai été mis en demeure de vous livrer le cheval que je vous avois vendu, le tonnerre eſt tombé ſur mon écurie où il étoit, & l'a tué, je ſerai tenu de cette perte; car elle ne ſeroit pas arrivée ſi j'avois livré le cheval.

Mais quoique la choſe ſoit périe depuis la demeure, ſi elle fût également périe chez l'acheteur, le vendeur n'eſt point tenu de la perte, & il eſt également quitte de ſon obligation; car on ne peut pas dire en ce cas que l'acheteur ait rien ſouffert de la demeure: comme par exemple, ſi un cheval vendu eſt mort, quoique depuis la demeure du vendeur, d'une colique ou autre maladie qu'il auroit eue également chez l'acheteur; *Tr. des Obl. n.* 664.

Néanmoins ſi l'acheteur étoit un maquignon qui achetoit le cheval pour le revendre, le vendeur ſera, même dans le cas de l'eſpece propoſée, tenu de la perte du cheval; car l'acheteur auroit pu revendre le cheval avant qu'il eût cette maladie, & par conſéquent on ne peut pas dire que la choſe ſeroit également périe chez l'acheteur; *Ibid.*

§. II.

Du cas auquel la choſe vendue a été miſe hors du commerce.

59. Lorſque depuis le contrat la choſe vendue a ceſſé d'être dans le commerce, ſans le fait ni la faute du vendeur; comme lorſque par autorité publique le champ qu'on m'avoit vendu a été pris pour faire un grand chemin, l'obligation de livrer la choſe, ceſſe & eſt éteinte, & le vendeur eſt ſeulement tenu de ſubroger l'acheteur en ſes droits pour recevoir du Roi l'indemnité, ſi le Roi juge à propos d'en accorder une; *Tr. des Obl. n.* 650.

§. III.

Du cas auquel le vendeur a perdu depuis le contrat la poſſeſſion de la choſe vendue.

60. Quoique la choſe qui m'a été vendue ſubſiſte encore, & ne ſoit pas hors du commerce; ſi depuis le contrat le vendeur en a perdu la poſſeſſion par quelque cauſe nouvellement ſurvenue, & qu'il n'a pu empecher; comme ſi elle lui a été ravie par violence, ſon obligation de la livrer ceſſe, & il n'eſt tenu à autre choſe qu'à me ſubroger aux actions qu'il peut avoir pour en recouvrer la poſſeſſion, pour par moi les exercer à mes riſques; *Tr. des Obl. n.* 656.

Mais lorſque le vendeur a vendu une choſe dont il n'étoit pas en ſa poſſeſſion lors du contrat, ou qui étoit ſujette à être évincée par quelque cauſe qui exiſtoit dès le temps du contrat, & dont il auroit été obligé de garantir l'acheteur, même après qu'il la lui auroit livrée, *infrà, ſect.* 2; quoique dans ce cas le vendeur n'ait plus la poſſeſſion de la choſe, & qu'il ne la puiſſe livrer; pourvu

que la choſe exiſte, l'obligation qu'il a contractée de la livrer ſubſiſte, & il eſt tenu des dommages & intérêts réſultans de ſon inexécution. *Nec obſtat* qu'on ne peut être tenu à l'impoſſible; car cette maxime n'eſt vraie qu'à l'égard de l'impoſſibilité abſolue, & non d'une impoſſibilité relative, comme nous l'avons expliqué en notre Traité des Obligations, *n.* 133 - 136.

ARTICLE V.

De l'action qui naît de l'obligation de livrer la choſe, & des dommages & intérêts auxquels le vendeur doit être condamné en cas d'inexécution de cette obligation.

61. De l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur, de lui livrer la choſe vendue, naît l'action *ex empto*, qu'a l'acheteur contre le vendeur, pour ſe la faire livrer avec tout ce qui en dépend, les titres & les fruits.

Nous examinerons, 1°. quelle eſt la nature de cette action. 2°. A quoi eſt tenu l'acheteur pour être reçu à l'intenter. 3°. Si l'acheteur peut, en vertu de cette action, ſe faire mettre de force en poſſeſſion de la choſe vendue lorſque le vendeur ne veut pas la livrer. 4°. En quoi ſe réſout cette action faute de tradition. 5°. Quelles ſont les eſpeces de dommages & intérêts dont le vendeur eſt tenu.

§. I.

De la nature de l'action ex empto.

62. L'action *ex empto* eſt une action ſimplement perſonnelle qui ne peut avoir lieu que contre le vendeur & ſes héritiers: elle ne peut avoir lieu contre un tiers détenteur, à qui celui qui m'a vendu la choſe, l'auroit depuis vendue & livrée, contre la foi du contrat qu'il avoit fait avec moi auparavant. C'eſt une ſuite du principe que nous avons établi en notre traité des Obligations, *n.* 151 & 152, que l'obligation de donner une choſe, ne donne aucun droit dans la choſe à celui envers qui elle eſt contractée.

Cette action perſonnelle *ex empto* eſt une action mobiliaire ou immobiliaire, ſuivant que la choſe vendue qui en fait l'objet, eſt une choſe mobiliaire ou immobiliaire.

§. II.

A quoi eſt tenu l'acheteur pour être reçu à l'action ex empto.

63. Régulierement l'acheteur ne peut intenter cette action contre le vendeur, qu'il ne lui offre le prix convenu s'il ne l'a déja payé: car il ne peut être recevable à demander que le vendeur ne ſatisfaſſe à ſon engagement, s'il n'eſt de ſon côté prêt à ſatisfaire au ſien.

Il doit offrir le paiement de tout le prix qu'il doit: s'il n'en offroit qu'une partie, il ne ſeroit pas recevable à demander la livraiſon de la choſe qui lui a été vendue, ni même de la moindre partie de cette choſe; le vendeur ayant le

droit de la retenir comme par forme de nantiſſement pour la ſûreté du paiement entier du prix qui lui eſt dû. C'eſt pourquoi de même qu'un débiteur n'eſt pas reçu à redemander la plus petite partie de la choſe qu'il a donnée en nantiſſement à ſon créancier, s'il ne lui paie la ſomme entiere pour laquelle elle eſt en nantiſſement; de même l'acheteur n'eſt pas reçu à demander la plus petite partie de la choſe qui lui a été vendue, s'il n'eſt prêt à payer le prix entier qu'il doit au vendeur.

C'eſt ce qu'enſeigne la Loi 13, §. 8, ff. *de act. empt. Offerri pretium venditori ab emptore debet quum ex empto agitur, & ideò etſi pretii partem offerat, nondum ex empto eſt actio, venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem quam vendidit.*

64. Cette déciſion a lieu, non-ſeulement pendant que l'action *ex empto* eſt encore indiviſée, mais même après qu'elle a été diviſée par la mort de l'acheteur qui a laiſſé pluſieurs héritiers. Un de ces héritiers ne ſera pas reçu à demander la part qui lui revient dans la choſe vendue, s'il n'offre payer le prix entier de la vente, ſauf à lui à ſe faire faire raiſon par ſon cohéritier de la part dont ſon cohéritier eſt tenu; L. 78, §. 2, *de contr. empt.*

65. Le Juge peut néanmoins quelquefois modérer la rigueur du principe que nous venons d'établir, lorſque l'équité paroît le demander dans certaines circonſtances, comme dans l'eſpece ſuivante. *Finge*, un Cabaretier a acheté de quelqu'un un cellier de quarante tonneaux de vin pour une certaine ſomme, payable en l'enlevant: ce Cabaretier n'ayant pas encore toute la ſomme qu'il compte avoir dans huit jours, demande qu'il lui ſoit permis d'enlever la quantité de deux tonneaux qui lui ſont néceſſaires pour entretenir juſqu'à ce temps ſon cabaret, aux offres de payer à compte du prix qu'il doit, une ſomme beaucoup plus forte que la valeur des deux tonneaux; il eſt évident que dans cette eſpece, il y auroit de l'inhumanité à ne pas l'écouter dans cette demande, en s'attachant trop ſcrupuleuſement au principe de Droit, qui ne permet pas à l'acheteur de demander aucune partie de la choſe vendue avant qu'il ait payé la total du prix.

66. Si l'acheteur avoit demandé la choſe vendue ſans offrir d'en payer le prix, & que ſur ſa demande, par une ſentence en dernier reſſort, le vendeur eût été condamné à la livrer, ſans qu'il fût porté par la ſentence que c'eſt à la charge de payer préalablement le prix, l'acheteur ſeroit-il reçu à pourſuivre l'exécution de cette condamnation ſans offrir le paiement du prix? *Fabian de Monte* agite la queſtion en ſon Traité de *empt. vend.* qui eſt dans la grande Collection, *Tom.* 6, *pag.* 1, *pag.* 61; il rapporte l'opinion de quelques anciens Docteurs qui ont penſé qu'il y étoit recevable, & que le vendeur ne pouvoit plus ſe défendre d'exécuter la condamnation en oppoſant qu'il n'étoit pas payé du prix; les exceptions même péremptoires devant être oppoſées avant la condamnation, & ne pouvant l'être après. L'opinion contraire que cet Auteur embraſſe eſt plus véritable. Quoique la ſentence qui condamne le vendeur à livrer la choſe, ne porte pas expreſſément que ce ſera à la charge par l'acheteur de payer préalablement le prix, cette charge doit y être ſous-entendue; car cette charge eſt de la nature de l'action *ex empto* ſur laquelle la ſentence eſt intervenue; & dans les choſes qui ne tendent pas à aggraver, mais à tempérer la condamnation, le Juge eſt cenſé l'avoir prononcée relativement &

conformément à la nature de l'action ſur laquelle elle eſt intervenue. A l'égard de ce qu'on allegue pour l'autre opinion, que les exceptions ne peuvent plus s'oppoſer après la condamnation, la réponſe eſt que cette regle n'a lieu qu'à l'égard de celles qui tendoient à attaquer & impugner la condamnation, & non à l'égard de celles qui n'attaquent pas la condamnation, mais concernent ſeulement ſon exécution. C'eſt ſur ce fondement que l'exception qu'on appelloit *competentiæ*, qu'avoient par les Loix Romaines certaines perſonnes, *ne ultrà quàm facere poſſent ab eis exigeretur*, pouvoit s'oppoſer même après la condamnation; L. 41, §. 2, ff. *de re. jud.* C'eſt ſur ce fondement que ſi j'ai été condamné à vous payer une certaine ſomme que je vous devois, je puis, quoiqu'après la condamnation, vous oppoſer la compenſation de celle que vous me devez; *Tr. des Obl. n.* 625. Dans le cas dont il eſt ici queſtion, l'exception que le vendeur oppoſe, tendante à ce que l'acheteur ſoit tenu de payer le prix avant que la choſe lui ſoit délivrée, eſt une exception de cette eſpece. Le vendeur, par cette exception, n'attaque pas la ſentence qui l'a condamné à délivrer la choſe vendue, il eſt prêt à l'exécuter; mais il ſoutient avec juſtice que l'acheteur doit ſatisfaire de ſa part à ſon obligation, en payant préalablement le prix.

67. Le principe que nous venons d'établir, que l'acheteur n'eſt pas reçu à demander que la choſe vendue lui ſoit livrée, s'il n'offre d'en payer le prix, n'a pas lieu lorſque le vendeur, par le contrat, lui a accordé pour le paiement un terme qui n'eſt pas expiré.

Néanmoins ſi depuis le contrat, l'acheteur avoit ſouffert un dérangement dans ſa fortune, qui fut tel que le vendeur courût riſque de perdre le prix, il pourroit, nonobſtant le terme accordé par le contrat, ſe défendre de livrer la choſe, à moins que l'acheteur n'offrît ou le paiement, ou du moins une caution ſuffiſante pour le paiement du prix.

Obſervez qu'il n'y a que le terme de Droit porté par le marché, qui puiſſe autoriſer l'acheteur à exiger la choſe vendue, avant qu'il en ait payé le prix; un terme de grace n'eſt pas ſuffiſant. Par exemple, ſi un acheteur a obtenu des lettres de répit, ou des lettres d'État qui lui accordent ſurſéance pour le paiement de ſes dettes, le vendeur n'eſt pas pour cela tenu de lui délivrer la choſe ſans payer; l'effet de ce terme ſe borne à empêcher les pourſuites qu'on pourroit faire contre lui pour le contraindre; *Arg.* L. 50, ff. *de act. empt.*

§. III.

Si l'acheteur peut par cette action faire enlever par force la choſe vendue.

68. On a agité la queſtion, ſi le vendeur qui a été condamné à livrer la choſe, & qui l'a en ſa poſſeſſion, peut être contraint préciſément à la livrer; ou ſi, ſur ſon refus de la livrer, ſon obligation & la condamnation doivent ſeulement ſe convertir en une obligation & en une condamnation de dommages & intérêts. Pluſieurs interpretes du Droit Romain, & entr'autres Sculting & Noodt ont été de ce dernier ſentiment. Ils ſe fondent,

1°. ſur la Loi 4, *Cod. de act. empt.* qui dit formellement que le vendeur, qui par malice & obſtination ne livre pas la choſe, doit être condamné aux dommages & intérêts de l'acheteur: *Si traditio rei venditæ* PROCACIA *venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus præſes, tantùm in condemnationis taxationem deducere curabit.* Ils diſent, 2°. que le vendeur demeurant propriétaire de la choſe vendue juſqu'à la tradition, il ſeroit incivil de le dépouiller par force, de ſa propre choſe. Enfin, 3°. ils alléguent que c'eſt une maxime de Droit que *nemo poteſt cogi præcisè ad factum*; d'où ils concluent que *nemo poteſt cogi traditionem.*

L'opinion contraire a auſſi d'illuſtres défenſeurs. Je la crois plus véritable, & je penſe qu'en cas de refus par le vendeur de livrer la choſe vendue qu'il a en ſa poſſeſſion, le Juge peut permettre à l'acheteur de la ſaiſir & enlever ſi c'eſt un meuble, ou de s'en mettre en poſſeſſion ſi c'eſt un fonds de terre ou une maiſon, & d'en expulſer le vendeur par le miniſtere d'un Sergent, s'il refuſoit d'en ſortir. Il eſt facile de répondre aux raiſons alléguées ci-deſſus pour la premiere opinion. La réponſe à la Loi 4, *Cod. de act. empt.* eſt que cette Loi accorde bien à l'acheteur l'action *in id quod intereſt*, contre le vendeur qui refuſe injuſtement de lui livrer la choſe vendue, mais elle ne dit pas que cette action ſoit le ſeul moyen qu'il ait pour ſe faire rendre juſtice. Paul, *Sent.* 1, 13. 4, dit formellement que le vendeur peut être contraint préciſement à livrer la choſe, *poteſt cogi ut tradat*; mais comme il n'eſt pas toujours facile à l'acheteur de ſe faire mettre *manu militari* en poſſeſſion de la choſe vendue, le vendeur pouvant la ſouſtraire & la cacher, il eſt permis à l'acheteur par cette Loi d'avoir recours à l'action *in id quod intereſt*: il a le choix de deux moyens. A l'égard de ce qu'on dit en ſecond lieu que le vendeur demeurant propriétaire de la choſe vendue, il ſeroit incivil de lui ôter de violence ce qui lui appartient, je réponds qu'il n'y a pas plus d'incivilité à cela, qu'à ſaiſir les biens d'un débiteur qui refuſe de payer ce qu'il doit. Enfin quant à ce qu'on dit que *nemo poteſt cogi ad factum*, & que les obligations qui conſiſtent à faire quelque choſe, ſe réſolvent *in id quod intereſt actoris*, je réponds que cette maxime n'a d'application, que lorſque le fait que renferme l'obligation, eſt un pur fait de la perſonne du débiteur, *merum factum*; comme lorſque quelqu'un s'eſt obligé envers moi de me copier mes cahiers, ou de me faire un foſſé, il eſt évident que je ne puis le faire écrire, ou travailler au foſſé malgré lui, & que ſon obligation, en cas de refus par lui de l'exécuter, doit néceſſairement ſe réſoudre en dommages & intérêts. Il n'en eſt pas de même du fait de la tradition: ce fait, *non eſt merum factum, ſed magis ad dationem accedit*; & le débiteur peut y être contraint par la ſaiſie & l'enlevement de la choſe qu'il s'étoit obligé de livrer. Notre ſentiment eſt celui de Cujas, *ad* L. 1. ff. *de act. empt.*; de Zoes, *parat. ad d. t.*; de Perez, *Cod. ad d. t.*; de Daveſan, *Tr. de empt. vend.*

Parmi ceux même qui croient la premiere opinion plus conforme au Droit Romain, il y en a qui conviennent que les Romains s'étoient écartés en cela du Droit naturel; c'eſt le ſentiment de Barbeyrac. Enfin il paroît que l'opinion que nous embraſſons eſt ſuivie dans la Pratique, comme en convient Wiſſemback, quoiqu'il ſoit de l'opinion contraire.

Il y a néanmoins certains cas dans leſquels, pour des conſidérations particulieres, notre déciſion doit ſouffrir exception. Par exemple, ſi une perſonne qui étoit dans l'intention de démolir ſa maiſon, m'a vendu une certaine poutre, ou quelqu'autre choſe faiſant partie de cette maiſon; quoique les Loix Romaines qui ne permettoient pas la vente des choſes unies à des édifices, n'aient pas lieu parmi nous, & que cette vente ſoit valable; néanmoins, ſi le vendeur, ayant changé d'avis, & ne voulant plus démolir ſa maiſon, refuſe de me livrer ces choſes, on ne me permettra pas de démolir ſa maiſon pour enlever les choſes qu'il m'a vendues qui y ſont unies, & ſon obligation doit en ce cas ſe réſoudre en dommages & intérêts. Il y a un intérêt public qui s'oppoſe à la démolition d'un édifice; & d'ailleurs lorſque le débiteur doit reſſentir de l'exécution de ſon obligation, un dommage beaucoup plus conſidérable que celui que le créancier peut reſſentir de l'inexécution, il eſt de l'équité que le créancier ſe contente d'être indemniſé de ce qu'il ſouffre de l'inexécution, par une condamnation de dommages & intétêts, & qu'il ne puiſſe contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution préciſe de l'obligation. C'eſt ce qui réſulte du ſecond précepte de la Loi qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes.

§. IV.

En quoi ſe réſout l'action ex empto, *à défaut de tradition.*

69. Les Interpretes du Droit Romain, qui ont écrit avant Dumoulin, ne reconnoiſſoient dans les concluſions ſecondaires de l'action *ex empto*, en cas de défaut de tradition, & en cas d'éviction, qu'un ſeul objet; ſçavoir la condamnation de la ſomme à laquelle devoit être eſtimé l'intérêt préſent qu'a l'acheteur d'avoir la choſe qui ne lui étoit pas livrée, ou dont il ſouffroit éviction. De ce principe ils tiroient cette conſéquence, que ſi eu égard à l'état préſent de la choſe vendue, qui depuis le contrat ſeroit conſidérablement diminuée du prix, l'eſtimation de l'intérêt qu'a l'acheteur d'avoir cette choſe, étoit portée à une ſomme au-deſſous du prix pour lequel elle avoit été vendue, le vendeur ne devoit rendre que cette ſomme, & pouvoit retenir le ſurplus du prix. Domat, *liv.* 1, *t.* 2 *du Contrat de Vente*, *ſect.* 10, *n.* 15, quoiqu'il ait écrit long-temps depuis Dumoulin, a auſſi ſuivi l'ancienne opinion: elle eſt auſſi ſuivie par Caillet, Profeſſeur de Poitiers, dans l'élégant Commentaire qu'il a fait ſur le titre du Code *de evict.* Dumoulin, qui a mieux approfondi cette matiere qu'aucun Interprete, dans ſon Traité *de eo quod intereſt*, *n.* 68, 69, *&c.* réfute cette opinion, & enſeigne que l'action *ex empto in id quod intereſt*, en cas de défaut de tradition, de même qu'en cas d'éviction, a deux objets; le principal eſt la reſtitution du prix qui a été payé, ou la décharge de celui qui ſeroit encore dû; le ſecond eſt le paiement de tout ce que l'acheteur ſouffre de plus, par le défaut de tradition, ou par l'éviction. Ces deux objets ſe trouvent clairement diſtingués en la Loi 43, ff. *de act. empt. Non pretium continet* TANTUM, *ſed omne quod intereſt emptoris.*

C'eſt pourquoi lorſque la choſe que j'ai achetée a été depuis le contrat conſidérablement détériorée & dépréciée, ſoit par ma négligence, ſoit par cas fortuit; *putà*, ſi j'ai acheté une maiſon pour le prix de vingt mille livres, & que depuis le contrat une partie des bâtimens ait été conſumée par le feu du ciel, de maniere que cette maiſon ne vaille que dix mille livres, & qu'en conſéquence l'intérêt que j'ai aujourd'hui d'avoir ou de retenir cette maiſon, ſoit d'une valeur beaucoup moindre que n'eſt le prix de vingt mille livres pour lequel je l'ai achetée; néanmoins j'ai droit en cas de défaut de tradition, ou en cas d'éviction, de demander à mon vendeur la reſtitution de ce prix entier de vingt mille livres. La raiſon eſt qu'il eſt de la nature de tous les contrats commutatifs & ſynallagmatiques, tel qu'eſt le contrat de vente, que l'une des parties ne contracte ſon engagement envers l'autre, qu'à la charge que l'autre partie ne manquera pas au ſien. C'eſt pourquoi n'ayant contracté envers mon vendeur l'engagement de lui payer le prix, qu'autant qu'il ne manqueroit pas au ſien, & mon vendeur y ayant manqué, par le défaut de tradition, ou faute de me défendre de l'éviction que j'ai ſoufferte, l'obligation que j'avois contractée envers lui de lui payer le prix, de même que le droit qui réſultoit à ſon profit de ſon obligation, ſe réſolvent: mon vendeur ceſſe dès-lors d'avoir aucun droit au profit que je me ſuis obligé de lui payer; d'où il ſuit qu'il ne peut en rien exiger; & que s'il a été payé, il n'en peut rien retenir, & que je le puis répéter en entier, *condictione ſine causâ*. D'ailleurs il eſt manifeſtement contre l'équité, que mon vendeur qui eſt en faute, en me vendant une choſe qui ne lui appartient pas, & qui me trompe, profite de cela pour gagner ſur moi une partie du prix. On oppoſe en vain contre ce ſentiment la Loi 23, *Cod. de evict.* où il eſt dit qu'il eſt dû à l'acheteur en cas d'éviction; *quanti tua intereſt, non quantum pretii nomine dediſti*; car cela doit s'entendre en ce ſens *non* (*solum*) *quantum pretii nomine dediſti*. On oppoſe auſſi la Loi 8, ff. *de her. vend.* où il eſt dit que dans le cas de l'action qu'a l'acheteur contre celui qui lui a vendu des drois ſucceſſifs comme lui appartenans, qui ne lui appartenoient pas, on doit eſtimer ce que valent ces droits. Dumoulin répond fort bien à cette objection, que cette eſtimation ne ſe fait qu'en faveur de l'acheteur contre le vendeur qui doit être condamné à payer toute la valeur de ces droits ſucceſſifs, au cas qu'ils valuſſent plus que le prix pour leſquels ils ont éte vendus; mais il doit toujours rendre tout le prix, quand même ils vaudroient moins.

A l'égard de la Loi 70, ff. *de evict.* ſur laquelle Domat ſe fonde, & où Paul dit *evictâ re ex empto actio, non ad pretium duntaxat recipiendum, ſed ad id quod intereſt competit; ergò & ſi minor eſſe cœpit, damnum emptoris eſt.* Dumoulin répond que ces termes *damnum emptoris eſt* ne ſe réferent pas *ad pretium recipiendum*, le prix devant être toujours reſtitué en entier à l'acheteur en cas d'éviction; mais ils ſe réferent ſeulement, *ad id quod intereſt emptoris*; car de même que ce *id quod intereſt emptoris non habere licere* augmente à meſure que la choſe augmente en valeur; de même il diminue & ſe réduit à rien, lorſque la choſe diminue de valeur; & en ce ſens *ſi res minor eſſe cœpit, damnum emptoris eſt.* On doit faire la même réponſe à la Loi 45, ff.

de

de act. empt. qui eſt auſſi citée par Domat pour ſon opinion. Ce qui eſt dit en cette Loi que, *minuitur præſtatio, ſi ſervus deterior apud emptorem effectus ſit, cùm evincetur*, ne doit pas s'entendre en ce ſens, *ut minuatur præſtatio quantum ad reſtitutionem pretii*, mais ſeulement *ut minuatur præſtatio ejus quod ultrà pretium intereſſe poſſet emptoris ;* parce que ce *hoc quantùm intereſt*, ſe regle eu égard à l'état auquel ſe trouve la choſe au temps de l'éviction, & non à l'état auquel elle étoit au temps du contrat.

La Loi *ex mille* 64, qui eſt auſſi citée par Domat, n'a aucune application à cette queſtion. Elle n'eſt pas dans l'eſpece d'une choſe qui auroit été ſimplement détériorée, ou dépréciée ; mais elle eſt dans l'eſpece d'une choſe, dont une partie a été entiérement détruite, & dont par conſéquent l'acheteur ne peut plus être évincé, puiſqu'elle ne ſubſiſte plus : d'où il ſuit que lorſque par la ſuite l'acheteur ſouffre éviction d'une partie de ce qui reſte de cette choſe, le vendeur ne peut être tenu de la reſtitution du prix que pour la partie dont l'acheteur eſt évincé, & non pour la partie qui ne ſubſiſte plus, & dont il ne peut par conſéquent être évincé. Voyez l'explication de cette Loi que donne Dumoulin, & que nous rapportons *infrà*, n. 153. Enfin on ne peut tirer contre la doctrine de Dumoulin aucun argument de la Loi 66, §. *fin.* ff. *de evict. ;* car la garantie des partages, dont il eſt parlé dans cette Loi, ſe régit par d'autres principes que la garantie dont eſt tenu un vendeur, comme nous le verrons *infrà, p.* 7, *Sect.* 6. Outre les argumens tirés de ces Loix, Caillet oppoſe encore que le ſentiment de Dumoulin eſt contraire au principe de Droit, ſuivant lequel la diminution qui ſurvient depuis le contrat de vente doit tomber ſur l'acheteur : or, dit-il, elle n'y tomberoit pas, ſi nonobſtant cette diminution, il avoit droit de répéter en cas d'éviction le prix entier qu'il a payé. La réponſe eſt que ſuivant les principes de Droit, la diminution qui arrive ſur la choſe vendue doit tomber ſur l'acheteur tant qu'elle lui reſte, & que le vendeur ne contrevient pas à ſon obligation ; mais lorſqu'il y contrevient, les principes de Droit n'empêchent pas qu'il ne doive rendre le prix entier. Au contraire les principes de Droit, & le ſeul bon ſens, enſeignent que le vendeur ne rempliſſant pas ſon engagement, l'acheteur eſt dégagé de celui qu'il avoit contracté de lui payer le prix. Caillet inſiſte, & dit que les raiſons de Dumoulin ne portent que contre le vendeur de mauvaiſe foi, que le vendeur de bonne foi remplit ſon engagement en entier, en offrant les dommages & intérêts. La réponſe eſt que l'obligation des dommages & intérêts n'eſt qu'une obligation ſecondaire qui ſuppoſe l'inexécution de l'obligation principale : or il ſuffit qu'il y ait eu une inexécution de l'obligation principale du vendeur, pour que l'acheteur ait été libéré de la ſienne. C'eſt auſſi mal-à propos que Caillet avance que Dumoulin a changé d'avis au *n.* 124 du même Traité. La queſtion qu'il y traite ne ſe décide pas par ces principes généraux, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 163, ou nous rapporterons cette queſtion.

§. V.

De quelles eſpeces de dommages & intérêts le vendeur eſt-il tenu, à défaut de tradition.

69. Les dommages & intérêts dont le vendeur eſt tenu ordinairement à défaut de tradition, de même qu'en cas d'éviction, ſont tout ce que l'acheteur perd ou manque de gagner par rapport à la choſe même qui a fait l'objet du contrat, au-delà du prix qu'il a payé, *id quod intereſt propter ipſam rem non habitam.*

70. Tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur outre le prix, fait partie de ces dommages & intérêts, tels que ſont les frais de contrat, de centieme-denier, les profis payés aux Seigneurs, les frais de voyage pour voir l'héritage, *&c.*

71. Ce que la choſe vaut de plus qu'elle ne valoit lors du contrat par l'augmentation de prix ſurvenue ſur les choſes de cette eſpece, entre auſſi dans les dommages & intérêts. C'eſt pourquoi, ſi, par exemple, on m'a vendu un tonneau de vin, & que le vin ſoit enchéri depuis le contrat, le vendeur, à défaut de livraiſon du vin qu'il m'a vendu, doit me faire raiſon de l'augmentation du prix; car par le défaut de tradition, j'ai perdu le profit de l'augmentation que j'euſſe eu ſi la choſe m'eût été livrée; L. 21, ff. 3, *de act. empt.*

72. Au reſte, cette action ne s'étend ordinairement, comme nous l'avons dit, qu'aux dommages & intérêts que l'acheteur a ſoufferts par rapport à la choſe même qui lui a été vendue; car ce ne ſont ordinairement que ceux-ci qui ont été prévus, & auxquels le vendeur ait entendu ſe ſoumettre. C'eſt pourquoi ordinairement cette action ne s'étend pas aux dommages & intérêts que l'acheteur a ſoufferts d'ailleurs *extrinſecus*, & dont l'inexécution du contrat n'a été que la cauſe éloignée. C'eſt ce que Paul décide, *d.* L. 21, §. 3, *Cùm per venditorem ſteterit quominùs rem tradat, omnis utilitas emptoris in æſtimationem venit quæ modò* CIRCA IPSAM REM *conſiſtit.* Par exemple, ſi l'on a vendu à un laboureur de l'avoine, le dommage que le défaut de livraiſon lui a occaſionné dans ſes chevaux, qui n'ayant pas été nourris, ſont devenus éthiques, & dans ſes terres qui n'ont pu être labourées comme il faut par ſes chevaux qui n'étoient pas nourris, ne pourra pas être prétendu contre le vendeur, ce dommage n'étant pas un dommage que l'acheteur ait ſouffert, *circa ipſam rem venditam*, & dont le défaut de livraiſon n'a été qu'une cauſe occaſionnelle & éloignée. La Loi citée rapporte des exemples ſemblables à celui-ci.

73. Quelquefois néanmoins l'action *ex empto* s'étend aux dommages & intérêts que l'acheteur a ſoufferts *extrinſecus* & dans ſes autres biens. Cela a lieu toutes les fois qu'il paroît par les circonſtances qu'ils ont été prévus lors du contrat, & que le vendeur s'y eſt ſoumis au moins tacitement en cas d'inexécution de ſon engagement. On peut apporter pour exemple le cas auquel un charpentier averti de la ruine imminente de ma maiſon, m'auroit vendu des étais qu'il ſe ſeroit obligé de me livrer & de poſer dans le jour pour en prévenir la ruine. Si ce charpentier a, par négligence, manqué de me livrer les étais dans le temps marqué, & que ma maiſon, faute d'avoir été étayée, ſe ſoit écroulée le

lendemain, ce charpentier doit être tenu de la perte que je ſouffre par l'écroulement de ma maiſon ; car quoique ce dommage ne concerne point la choſe même qui a été vendue, néanmoins il paroît que ce dommage que je ſouffre par la ruine de ma maiſon, eſt un dommage qui a été prévu lors du contrat, & auquel le charpentier qui m'a vendu les étais s'eſt tacitement ſoumis, en cas d'inexécution de l'engagement qu'il a contracté de me les livrer & de les poſer dans le jour, puiſqu'il a été averti de la ruine imminente de ma maiſon ; que la vue de prévenir cette ruine a été la fin principale du contrat, & que c'eſt pour cette fin qu'il s'eſt obligé de me livrer & de poſer les étais dans le jour.

Voyez dans notre Traité des Obligations, (*n.* 159 *& ſuiv.*) les regles générales que nous avons établies ſur les dommages & intérêts qui réſultent de l'inexécution de l'obligation de donner une choſe. Ces regles s'appliquent au contrat de vente, de même qu'aux autres contrats.

§. VI.

Des dommages & intérêts qui peuvent être prétendus par le vendeur pour le retard apporté dans la tradition.

74. Lorſque le vendeur a été mis en demeure de livrer la choſe vendue dans le temps dans lequel il la devoit livrer, quoiqu'il offre dans la ſuite de le faire, il n'eſt pas toujours, en la livrant, quitte de ſon obligation : car ſi l'acheteur a ſouffert de ce retard, le vendeur doit être condamné aux dommages & intérêts de l'acheteur.

Ces dommages & intérêts conſiſtent à indemniſer l'acheteur, tant des pertes que la demeure lui a fait ſouffrir, que des gains dont elle l'a privé par rapport à la choſe qui lui a été vendue. Ainſi, 1°. ſi la choſe que vous m'avez vendue a été détériorée, quoique par une force majeure, depuis que vous avez été mis en demeure de me la livrer, vous êtes tenu de me faire raiſon de ce que la choſe vaut de moins par rapport à cette détérioration.

Cette déciſion a lieu dans le cas auquel l'accident par lequel cette choſe a été détériorée ne ſeroit pas arrivé ſur cette choſe ſi vous me l'aviez livrée ; elle a encore lieu quelquefois même dans le cas auquel cet accident ſeroit également arrivé ; ſçavoir lorſqu'il paroît par ma qualité de Marchand, que j'achetois cette choſe pour la revendre, & que j'aurois eu le temps de la revendre avant l'accident, ſi vous me l'aviez livrée dans le temps que vous le deviez.

Mais cette déciſion n'a pas lieu dans le cas auquel j'aurois ſouffert également la perte de cette détérioration, quand même vous n'euſſiez apporté aucun retard à me livrer la choſe. Par exemple, ſi depuis que vous avez été mis en demeure de me faire délivrance d'une métairie que vous m'avez vendue, il eſt ſurvenu une inondation qui a enſablé pluſieurs terres qui en dépendent, je ne ſerai pas fondé à demander que vous me faſſiez raiſon de cette perte ; car je l'euſſe également ſoufferte, quand même vous n'auriez apporté aucun retard à l'exécution de votre obligation : ce n'eſt donc point un dommage qui réſulte de ce retard.

75. Dans les deux premiers cas dans leſquels le vendeur eſt tenu de la détérioration ſurvenue ſur la choſe depuis ſa demeure, non-ſeulement l'acheteur peut demander que le vendeur lui faſſe raiſon de ce que la choſe vaut de moins, comme nous l'avons dit ci-deſſus ; il peut même quelquefois, au lieu de cela, refuſer de prendre la choſe, & prétendre contre le vendeur la reſtitution du prix & ſes dommages & intérêts, de même que dans le cas de défaut de tradition ; cela a lieu lorſque la détérioration eſt conſidérable, & telle que l'acheteur n'eût point voulu acheter la choſe, ſi elle eût été dès-lors en cet état.

76. 2°. C'eſt encore une ſuite des dommages & intérêts qui réſultent du retard que le vendeur a apporté à l'exécution de ſon obligation, qu'il ſoit tenu de faire raiſon à l'acheteur de la perte par lui ſoufferte, ou du gain qu'il a manqué de faire par les diminutions ſurvenues depuis le retard ſur le prix de la choſe vendue. *Finge*, j'ai vendu mon vin à un Marchand, ſur le pied de cent livres le tonneau ; depuis le contrat le prix du vin a monté à cent vingt livres, & depuis que j'ai été mis en demeure de le lui livrer, le prix de ce vin, qu'il auroit pu revendre cent vingt livres, ſi je le lui euſſe livré dans le temps que je le devois faire, eſt retombé à cent livres, je dois être condamné à lui faire raiſon du gain de vingt livres par tonneau que mon retard l'a empêché de faire.

77. 3°. Les frais des voituriers que l'acheteur a envoyés pour enlever les marchandiſes au temps auquel elles devoient être livrées, qui ſont revenus à vuide par le refus qu'a fait le vendeur de les livrer, ſont auſſi une perte que l'acheteur ſouffre de la demeure du vendeur, dont le vendeur doit l'indemniſer.

78. En général, ſi la demeure du vendeur a engagé l'acheteur dans des dépenſes néceſſaires qu'il n'auroit pas faites ſans ce retard, le vendeur eſt obligé à l'indemniſer. Par exemple, ſi étant à Paris j'ai acheté de vous deux chevaux pour mettre à mon carroſſe, & que depuis que je vous ai mis en demeure de me les livrer, j'ai été obligé, pour aller à mes affaires, de louer des carroſſes dont je n'aurois pas eu beſoin ſi j'avois eu les chevaux que vous m'avez vendus, vous devez m'indemniſer de cette dépenſe, en me rembourſant de ce que j'ai été obligé de dépenſer en loyers de carroſſes, de plus que ne m'auroit coûté la nourriture des chevaux pendant le temps que vous avez été en demeure de me les livrer.

Par la même raiſon, ſi j'ai acheté une maiſon dans une ville où je devois aller m'établir, dont le vendeur devoit me remettre les clefs à la ſaint Jean ; & qu'y étant allé au temps marqué pour m'y établir, il ait été en demeure de me les remettre, il doit m'indemniſer de la dépenſe que j'ai faite pendant le temps qu'il a été en demeure, pour me loger ailleurs & pour loger les meubles que j'avois tranſportés.

Obſervez que les dépenſes dans leſquelles un acheteur prétend avoir été engagé par le défaut de tradition, doivent s'eſtimer avec modération & autant ſeulement qu'elles paroiſſent vraiſemblables, & avoir été néceſſaires.

79. 4°. C'eſt encore un effet de la demeure, que le vendeur qui avant la demeure étoit tenu de rendre les fruits par lui perçus depuis le paiement du prix, ſoit, depuis la demeure, tenu de faire raiſon, non-ſeulement de ceux

qu'il a perçus, mais même de ceux qu'il n'a ni perçus ni pu percevoir, & qui auroient été perçus par l'acheteur, ſi la choſe lui eût été livrée lorſqu'il l'a demandée. Par exemple, ſi j'ai vendu un cheval à un loueur de chevaux, & que j'aie été en demeure de le lui livrer, je ſuis tenu de l'indemniſer de tout le gain qu'il auroit pu faire en louant ce cheval, pendant tout le temps que j'ai été en demeure de le lui livrer.

80. Il nous reſte à obſerver que dans les dommages & intérêts qui réſultent de la demeure, on ne comprend ordinairement que ce que l'acheteur a ſouffert ou manqué de gagner par rapport à la choſe vendue, & non ce qu'il a ſouffert *extrinſecus*. On n'y comprend pas ſur-tout les pertes dont la demeure n'a été qu'une obligation éloignée. On peut appliquer ici les principes que nous avons touchés aux paragraphes précédens, & que nous avons établis plus au long dans notre Traité des Obligations, *n.* 159 *& ſuiv.*

SECTION II.

De l'obligation de garantir l'acheteur des évictions.

81. L'obligation du vendeur n'eſt pas entiérement conſommée par la tradition qu'il a faite de la choſe vendue; il demeure encore, après cette tradition, obligé à défendre & garantir l'acheteur de toutes évictions par rapport à cette choſe; cette obligation s'appelle *obligation de garantie.*

C'eſt ce qui réſulte de cette maxime de Pomponius, en la Loi 3, ff. *de act. empt. Datio poſſeſſionis quæ à venditore fieri debet, talis eſt, ut ſi quis eam poſſeſſionem jure avocaverit, tradita poſſeſſio non intelligatur.*

Nous verrons 1°. ce que c'eſt qu'éviction : 2°. quelles évictions donnent lieu à la garantie : 3°. à qui la choſe doit être évincée : 4°. quelle choſe doit être évincée pour qu'il y ait lieu à la garantie. 5°. Nous traiterons de l'action qui nait de la garantie : 6°. de l'exception qui en naît : des cas auxquels l'obligation de garantie n'a pas lieu.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'eſt qu'éviction.

82. Evincer proprement, eſt óter quelque choſe à quelqu'un en vertu de ſentence, *evincere eſt aliquid vincendo auferre : éviction* eſt le délais qu'on oblige quelqu'un de faire d'une choſe en vertu d'une ſentence qui l'y condamne. Ce nom d'*éviction* ſe donne auſſi dans l'uſage & à la ſentence qui ordonne ce délais, & même à la demande qui eſt donnée pour le faire ordonner. C'eſt pourquoi les demandes en revendication, les demandes en action hypothécaire, qui ſont données contre quelqu'un, ſont appellées dans le langage du Palais, des *évictions.*

C'eſt en ce ſens qu'on dit que le vendeur eſt obligé de défendre & de garantir l'acheteur de *toutes évictions* par rapport à la choſe vendue, c'eſt-à-dire, qu'il eſt obligé de le défendre de toutes les demandes, ſoit en revendication, ſoit en action hypothécaire ou autres qui pourroient être données contre lui

par quelques perſonnes que ce fût, pour lui faire délaiſſer la choſe vendue; & de le garantir de toutes condamnations qui pourroient intervenir contre lui ſur leſdites demandes; & que dans le cas où le vendeur ne pourroit empêcher que l'acheteur ne fût contraint à délaiſſer, il doit être tenu des dommages & intérêts de l'acheteur.

83. On appelle *éviction*, non-ſeulement la ſentence qui condamne à délaiſſer une choſe purement & ſimplement, mais celle qui condamne à la délaiſſer, ſinon à payer, ou à s'obliger à quelque choſe. C'eſt pourquoi ſi l'acheteur d'un héritage, condamné ſur une action hypothécaire, paie les cauſes de l'hypotheque pour éviter le délais de l'héritage, qui vaut autant ou mieux que la créance du demandeur, cet acheteur en ce cas eſt cenſé ſouffrir éviction de la choſe à lui vendue, qu'il ne peut conſerver qu'en donnant de l'argent; & le vendeur eſt tenu de le garantir de cette éviction, en l'acquittant de ce qu'il lui en a coûté.

84. On appelle auſſi *éviction*, non-ſeulement la ſentence par laquelle l'acheteur eſt condamné à délaiſſer à un tiers la choſe vendue, mais encore celle qui l'auroit débouté de la revendication qu'il en auroit intentée contre un tiers qui ſe trouveroit la poſſéder.

La Loi 16, §. 1, ff. *de evict.* renferme toutes ces eſpeces d'évictions, lorſqu'elle dit: *Duplex ſtipulatio committi dicitur, tunc cùm res reſtituta eſt petitori, vel damnatus eſt (emptor) litis æſtimatione, vel poſſeſſor ab emptore conventus abſolutus eſt.*

85. Quoique le terme d'*éviction* ne convienne proprement qu'au cas auquel l'acheteur eſt privé en vertu d'une ſentence, de la choſe qui lui a été vendue, néanmoins on comprend auſſi, quoique dans un ſens moins propre, ſous ce terme, les cas auxquels l'acheteur eſt empêché, quoique ſans ſentence, de pouvoir retenir la choſe en vertu de la vente qui lui en a été faite; & ces cas peuvent auſſi donner lieu à la garantie, comme nous le verrons dans l'article ſuivant.

ARTICLE II.

Quelles évictions donnent lieu à la garantie.

§. I.

PREMIERE MAXIME.

86. Le vendeur eſt tenu des évictions dont il y avoit une cauſe, ou du moins un germe exiſtant dès le temps du contrat de vente, ſoit qu'elles procedent, ſoit qu'elles ne procedent pas du fait du vendeur.

Par exemple, ſi quelqu'un a vendu une choſe qui ne lui appartenoit pas, ou qui étoit hypothéquée, ſoit à ſes dettes, ſoit à celles d'un autre, ou qui étoit affectée à quelque droit que ce fût, ſoit ouvert, ſoit non encore ouvert, qui donnât ou qui dût donner un jour à quelqu'un une action pour ſe la faire délaiſſer; en tous ces cas le vendeur eſt tenu des évictions qui pourroient ſurvenir, ſoit de la part du propriétaire, ſoit de la part des créanciers hypothécaires, ou de ceux qui dès le temps du contrat avoient un droit ouvert ou

même encore informe pour ſe faire délaiſſer la choſe ; car dans tous ces cas la cauſe d'où procede l'éviction, exiſtoit dès le temps du contrat.

87. Notre principe ſouffre exception à l'égard des eſpeces d'éviction dont l'acheteur eſt chargé, ſoit par la loi municipale, ſoit par une clauſe particuliere du contrat de vente.

Par exemple, ſi ſur une demande en retrait lignager, ou en retrait féodal, un acheteur a ſouffert éviction de l'héritage qui lui a été vendu; quoique la loi qui eſt la cauſe de ces eſpeces d'éviction ſoit une cauſe qui exiſtoit dès le temps du contrat de vente, le vendeur n'eſt pas tenu de ces évictions, parce que la loi municipale en charge l'acheteur qui eſt cenſé acheter aux charges de la Coutume. Pareillement s'il eſt porté par une clauſe du contrat que l'héritage qu'on vend eſt chargé d'un droit de refus ou d'un droit de réméré, ou d'un droit de réverſion après un certain temps, *&c.* & que l'acheteur ait été obligé de délaiſſer l'héritage ſur l'action de celui à qui ce droit appartenoit; quoique cette éviction ait une cauſe qui exiſtoit dès le temps du contrat de vente, le vendeur n'en ſera pas tenu, parce que l'acheteur a été chargé de cette eſpece d'éviction par la clauſe du contrat de vente par laquelle le vendeur lui a déclaré que l'héritage y étoit ſujet.

88. Notre principe ſouffre encore exception à l'égard des évictions qui ſont demeurées ſans effet. C'eſt pourquoi ſi j'ai été condamné par ſentence envers un tiers à lui délaiſſer l'héritage que vous m'aviez vendu, l'éviction qui réſulte de cette ſentence ne donnera lieu à aucune garantie contre vous, ſi perſonne n'ayant pourſuivi l'exécution de cette ſentence, je ſuis toujours demeuré en poſſeſſion de l'héritage; *putà*, parce que celui au profit de qui la ſentence avoit été rendue, étant peu après mort inſolvable, perſonne ne s'eſt embarraſſé de pourſuivre les droits appartenans à ſa ſucceſſion. C'eſt le cas de la Loi 57, ff. *de evict.*

89. Notre principe ſouffre une troiſieme exception, lorſque l'éviction étoit une éviction dont l'acheteur étoit lui-même obligé de défendre le vendeur. Par exemple, après avoir acheté de Pierre un héritage, je vous l'ai vendu; vous avez été obligé de le délaiſſer à Jacques à qui il appartenoit, non-ſeulement avant que je vous l'euſſe vendu, mais même avant que je l'euſſe acquis de Pierre de qui vous êtes devenu l'unique héritier, vous ne ſerez pas recevable à agir contre moi en garantie pour cette éviction; parce qu'étant héritier de Pierre, vous êtes vous-même obligé de m'en défendre.

90. Notre principe ſouffre une quatrieme exception, lorſque l'éviction procede du fait de l'acheteur, quoique la cauſe ſoit antérieure au contrat. Par exemple, vous avez conſenti que votre héritage fut hypothéqué pour une dette de Pierre; vous avez enſuite fait donation de cet héritage à Jacques qui me l'a vendu, & peu après je vous l'ai revendu. Si vous ſouffrez éviction de cet héritage de la part du créancier de Pierre, quoique la cauſe de cette éviction ſoit antérieure à la vente que je vous ai faite, vous n'êtes pas recevable à agir en garantie contre moi pour cette éviction, parce qu'elle procede de votre propre fait, & que c'eſt vous-même qui avez impoſé cette hypotheque, lorſque vous étiez pour la premiere fois propriétaire de cet héritage. Vous n'êtes pas à la vérité, dans cette eſpece, mon garant pour raiſon de cette

éviction, comme dans l'eſpece précédente; puiſque ce n'eſt pas vous qui m'avez vendu l'héritage, & que Jacques qui me l'a vendu le tenoit de vous à titre de donation, titre qui n'emporte pas de garantie; mais il ſuffit que l'éviction procede de votre propre fait, pour que vous ne ſoyez pas recevable à vous en plaindre, & à agir en garantie contre moi.

Seconde Maxime.

Les évictions dont la cauſe n'a commencé d'exiſter que depuis le contrat, donnent lieu à la garantie, lorſque cette cauſe procede du fait du vendeur; autrement, elles n'y donnent pas lieu.

91. La premiere partie de cette Maxime eſt évidente. Par exemple, ſi vous m'avez vendu un héritage, & que depuis le contrat de vente, & avant que vous m'en ayiez fait la tradition, vous l'ayiez hypothéqué à quelqu'un, & que depuis j'aie ſouffert éviction de cet héritage ſur l'action hypothécaire de ce créancier; quoique cette hypotheque qui eſt la cauſe de cette éviction, ne ſoit née que depuis le contrat de vente, il eſt évident que vous devez être tenu de cette éviction, car en contractant cette hypotheque qui m'empêche de retenir l'héritage, vous avez contrevenu à l'obligation que vous avez contractée envers moi, *præſtare mihi eum fundum habere licere.*

92. La ſeconde partie de la Maxime n'eſt pas moins évidente. La choſe vendue devant être aux riſques de l'acheteur depuis le contrat, c'eſt une conſéquence qu'il n'ait aucun recours de garantie pour les évictions dont la cauſe n'eſt née que depuis le contrat, & qui ne procedent pas du fait du vendeur. Suivant ce principe, ſi depuis la vente qui m'a été faite d'un héritage, il a été rendu un Arrêt du Conſeil, en vertu duquel on m'en a pris une partie pour faire un chemin public, mon vendeur ne ſera pas garant de cette éviction dont la cauſe n'eſt née que depuis le contrat.

93. Par la même raiſon, ſi l'acheteur laiſſe uſurper la poſſeſſion de la choſe qui lui a été vendue, & que la preſcription faſſe obtenir à l'uſurpateur le congé de la demande en revendication que l'acheteur a intenté contre lui, le vendeur ne ſera pas tenu envers l'acheteur de l'éviction qu'il ſouffre par cette ſentence; car la cauſe de cette éviction étant l'uſurpation que l'acheteur, depuis la vente, a laiſſé faire ſur lui, cette éviction n'avoit point une cauſe qui exiſtât lors du contrat. D'ailleurs cette éviction provenant de la faute de l'acheteur, il n'eſt pas recevable à s'en plaindre.

94. Si l'acheteur a été condamné à délaiſſer la choſe vendue par l'injuſtice du Juge ſur une demande qui ne procédoit pas, c'eſt une éviction qui n'ayant pour cauſe que l'injuſtice du Juge, n'a point une cauſe qui exiſtât dès le temps du contrat de vente, & par conſéquent le vendeur n'eſt point tenu de l'en garantir; L. 51, ff. *de evict.*; L. 8, §. 1, *Cod. h. tit.*

Il n'y a lieu à cette queſtion que lorſque l'acheteur, ſur la demande donnée contre lui, a omis d'appeller ſon vendeur en garantie; car s'il l'avoit appellé, il auroit été obligé de prendre ſon fait & cauſe, & la ſentence auroit été rendue contre le vendeur, & non contre l'acheteur.

TROISIEME MAXIME.

Le délais de la choſe vendue, que l'acheteur fait, quoique ſans ſentence, à un tiers, qui, dès le temps du contrat de vente en étoit le propriétaire, ou qui avoit dès ce temps un droit au moins informe de ſe la faire délaiſſer, donne lieu à la garantie, en juſtifiant par l'acheteur que celui à qui il a fait le délais, avoit effectivement ce droit.

95. *Finge*, vous m'avez vendu un héritage qui vous avoit été donné par un homme qui n'avoit pas d'enfans, ſans me déclarer d'où il vous provenoit: depuis le contrat de vente cet homme s'eſt marié; il lui eſt né un enfant qui a annullé de plein droit la donation qu'il vous en avoit faite; je lui ai fait le délais de l'héritage, ſans attendre que j'y fuſſe condamné, ni même aſſigné; je n'ai pas moins une action de garantie contre vous; car il ſuffit que je vous juſtifie par le rapport de la donation qu'il vous en a faite, que cet homme à qui j'ai fait le délais de cet héritage, avoit en vertu de cette donation, & par conſéquent dès le temps de cette donation, & dès le temps de la vente que vous m'avez faite, le droit informe de ſe le faire délaiſſer lorſqu'il lui ſurviendroit des enfans.

L'équité de la maxime que nous venons d'expoſer eſt évidente. Quoique le terme d'éviction, dans ſon ſens propre, ne convienne qu'au délais que quelqu'un a été condamné de faire par ſentence du Juge, néanmoins lorſqu'il eſt juſtifié que celui à qui l'acheteur a fait, quoique ſans ſentence, le délais de la choſe, avoit le droit de ſe la faire délaiſſer, & que ce n'eſt que pour prévenir la ſentence & éviter les frais que le délais en a été fait, il eſt manifeſte qu'en ce cas il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur de retenir la choſe, & conſéquemment que le vendeur n'a pas rempli envers lui l'obligation qu'il avoit contractée *præſtare ipſi rem habere licere*; ce qui donne lieu à la garantie.

Quoique le délais fait ſans ſentence, donne lieu à la garantie, lorſqu'il eſt juſtifié que celui à qui il a été fait, avoit effectivement le droit de ſe faire délaiſſer la choſe, néanmoins un acheteur fera prudemment de ſe laiſſer aſſigner pour délaiſſer, & de dénoncer l'aſſignation à ſon vendeur, afin de ne ſe pas charger de la juſtification du droit de celui à qui il en auroit fait trop précipitamment le délais.

QUATRIEME MAXIME.

C'eſt une eſpece d'éviction qui donne lieu à la garantie, lorſque depuis la vente que vous m'avez faite d'une choſe, je ſuccede à cette choſe, ſoit à titre univerſel, ſoit à titre ſingulier, même à titre lucratif, à un tiers qui en étoit le vrai propriétaire.

96. Cette maxime eſt fondée ſur la déciſion de pluſieurs textes de Droit. Ulpien en la Loi 13, §. 15, ff. *de act. empt.* dit: *Si fundum mihi alienum vendideris, & hic ex causâ lucrativâ meus factus ſit, nihilominus ex empto mihi adversus te actio competit.* Julien en la Loi 29, ff. *d. tit.* dit pareillement: *Cui res ſub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit, actione ex empto poterit con-*

ſequi emptor pretium, quia nunc (1) *ex causâ legati rem habet.* Ajoutez la Loi 84, §. 5, ff. *de legat.* 1°. L. 9; L. 41, §. ff. *de evict.* En voici la raiſon. Lorſqu'après avoir acheté de vous une choſe qui ne vous appartenoit pas, ou qui ne vous appartenoit pas pour toujours, je ſuccede à quelque titre que ce ſoit à celui à qui elle appartient, c'eſt en vertu de ce nouveau titre que je retiens déſormais cette choſe; ce n'eſt plus en vertu de la vente que vous m'en avez faite: vous ceſſez donc dès-lors de remplir envers moi votre obligation, *non jam præſtas mihi rem habere licere;* & par conſéquent vous me devez rendre le prix que vous avez reçu.

Obſervez que par le Droit Romain, cette maxime, de même que la précédente, n'avoient lieu que par rapport à l'action *ex empto*, & non par rapport à l'action *ex ſtipulatu*, qui étant une action *ſtricti juris*, ne reconnoiſſoit d'autre éviction que l'éviction proprement dite, qui réſultoit d'une ſentence. Cette diſtinction ne peut avoir lieu dans notre Droit François, où la diſtinction des actions *ſtricti juris*, & des actions *bonæ fidei* n'eſt pas d'uſage, & où d'ailleurs on ne connoît d'autre action en cas de garantie, que l'action *ex empto.*

ARTICLE III.

A qui faut-il que la choſe ait été évincée.

97. Il n'importe que ce ſoit à l'acheteur lui-même, à qui la choſe vendue ſoit évincée, ou à ſon ſucceſſeur en ladite choſe, pour que l'acheteur ait l'action de garantie. C'eſt pourquoi ſi je vous ai vendu un héritage, que vous l'ayez revendu à Pierre, & que Pierre en ſoit évincé, vous aurez action de garantie contre moi, comme ſi c'étoit vous-même qui en fuſſiez évincé; car je vous l'ai vendu pour vous & tous *vos ayans cauſe;* je me ſuis engagé de vous en faire jouir, vous & tous vos ayans cauſe; & vous avez intérêt que je défende Pierre de cette éviction, dont vous êtes vous-même tenu de le garantir.

Quid, ſi vous aviez donné ou légué à Pierre l'héritage que je vous ai vendu, l'éviction qu'en ſouffriroit Pierre donneroit-elle lieu à la garantie contre moi ou contre mon héritier? Non: car l'éviction que ſouffre le ſucceſſeur de l'acheteur, ne donne lieu à l'action de garantie, qu'autant que cette éviction intéreſſe l'acheteur ou ſes héritiers; *Arg. L. Pater* 71, ff. *de evict.* Or, comme vous n'êtes pas garant envers Pierre de la choſe que vous lui avez donnée, & que votre héritier n'eſt pas non plus garant de la choſe que vous lui avez léguée, l'éviction que Pierre ſouffre, eſt une éviction qui ne vous intéreſſe pas, ni votre héritier, & qui par conſéquent ne peut donner lieu à l'action de garantie.

Mais ſi par l'acte de donation que vous avez faite de cette choſe à Pierre, vous lui aviez cédé tous vos droits & actions, par rapport à cette choſe, ce qui comprend ceux réſultans de l'obligation de garantie que j'ai contractée

---

(1) Nous avons ſuivi la correction d'Ant. Faber, qui a ſubſtitué ce terme *nunc* à *non* qui eſt dans la leçon ordinaire: le ſens demande cette correction.

envers vous, il y auroit lieu en ce cas à l'action de garantie, que Pierre, comme étant à vos droits, pourroit former contre moi : car vous avez intérêt en ce cas, que l'éviction que ſouffre Pierre, donne lieu à l'action de garantie, en tant que vous êtes obligé à lui céder cette action : c'eſt ce qui réſulte de la Loi 59, ff. *de evict. Si res quam à Titio emi legata eſt à me, non poteſt legatarius conventus à Domino rei, venditori meo denunciare, niſi ceſſæ ei fuerint actiones.*

98. Vous m'avez vendu un héritage ; je l'ai revendu à Pierre ; je ſuis enſuite devenu héritier de Pierre, dans la ſucceſſion duquel j'ai retrouvé cet héritage, dont j'ai été depuis évincé. On a agité la queſtion, ſi j'avois en ce cas l'action de garantie contre vous. La raiſon de douter, eſt qu'en ce cas ce n'eſt pas de mon chef que je ſuis évincé, c'eſt comme héritier de Pierre, puiſqu'ayant revendu l'héritage à Pierre, ce n'étoit plus qu'en qualité d'héritier de Pierre que j'en étois le poſſeſſeur ; c'eſt donc proprement la ſucceſſion de Pierre qui ſouffre l'éviction. Or, pour que cette éviction pût me donner contre vous une action de garantie, que je ne puis avoir que de mon chef, puiſque c'eſt envers moi & non envers Pierre que vous vous êtes obligé, il faudroit que j'euſſe de mon chef quelque intérêt que la ſucceſſion de Pierre ne ſouffrît pas cette éviction : or, on ne voit pas quel pourroit être cet intérêt ; on ne peut pas dire, comme dans l'eſpece précédente, que j'ai intérêt que le ſecond acheteur, ou ſa ſucceſſion ne ſouffre pas éviction, en ce que je ſuis moi-même obligé, en cas d'éviction, envers ce ſecond acheteur à la garantie ; car étant devenu héritier de ce ſecond acheteur, je ne puis pas être obligé envers moi-même. Nonobſtant ces raiſons, Paul, en la Loi 41, §. 2, *de evict.* décide que je dois avoir en ce cas action de garantie contre vous, & contre les cautions que vous m'avez données pour la garantie de l'héritage que vous m'avez vendu. Il en donne cette raiſon qui ſert en même temps de réponſe aux raiſons de douter, & qui pour être ſubtile, n'en eſt pas moins ſolide & véritable : *Quoniam*, dit-il, *& cùm debitor creditori ſuo heres extiterit, ratio quædam inter heredem & hereditatem ponitur, & intelligitur major hereditas ad debitorem pervenire ; quaſi ſolutâ pecuniâ quæ debebatur hereditati & per hoc minus in bonis heredis eſſe.* C'eſt comme ſi le Juriſconſulte diſoit : En faiſant abſtraction que c'eſt moi qui ſuis l'héritier de Pierre, la ſucceſſion de Pierre avoit une créance, *putà* de dix mille livres, pour raiſon de l'éviction qu'elle a ſoufferte, c'eſt moi qui, comme ayant vendu à Pierre, en étois le débiteur : de même que ſi c'eût été un autre que moi qui eût été l'héritier de Pierre, il m'en auroit couté dix mille livres, que j'aurois tirées de mon bien pour la payer à cet héritier de Pierre ; de même, au moyen de ce que c'eſt moi qui ſuis l'héritier de Pierre, je ſuis cenſé m'être payé à moi-même, en ma qualité d'héritier de Pierre, cette ſomme dont mon bien propre, en le ſéparant de ce qui compoſe la ſucceſſion de Pierre qui m'eſt échue, ſe trouve d'autant diminuée. Si cette ſomme reſte dans mon coffre, ce n'eſt plus ſur mon propre bien, c'eſt ſur celui de la ſucceſſion de Pierre, à qui elle étoit due, qu'elle doit être imputée ; c'eſt de cette ſucceſſion que je la tiens ; il eſt donc vrai que j'ai payé de mon chef, & ſur mon propre bien, les dommages & inté-

rêts réſultans de l'éviction que j'ai ſoufferte en ma qualité d'héritier de Pierre; d'où il ſuit que j'ai action de mon chef contre vous, comme mon garant, & contre vos cautions pour m'en acquitter.

Il faut décider la même choſe dans le cas inverſe auquel Pierre, à qui j'ai revendu l'héritage, ſeroit devenu mon héritier, & auroit depuis ſouffert l'éviction de cet héritage; car il eſt cenſé s'être, des biens de ma ſucceſſion, payé les dommages & intérêts réſultans de cette éviction, *& ſic minus in hereditate videtur, tanquam ipſo heredi ſolverit*; *dic.* L. 41, §. 2. Or, vous, comme garant envers ma ſucceſſion, vous êtes obligé d'en acquitter ma ſucceſſion; & par conſéquent Pierre en ſa qualité de mon héritier, a action de garantie contre vous, pour leſdits dommages & intérêts.

Article IV.

Quelle choſe doit être évincée pour qu'il y ait lieu à la garantie.

99. Non-ſeulement l'éviction de toute la choſe vendue, mais celle de quelque partie que ce ſoit de cette choſe, donne lieu à la garantie, ſoit que ce ſoit une partie aliquote & indiviſe, comme lorſque l'acheteur a été condamné à délaiſſer le tiers, le quart, *&c.* ſoit que ce ſoit une partie intégrante, comme lorſque l'acheteur d'une métairie a été condamné à délaiſſer une certaine piece de terre en dépendante.

Cette déciſion a lieu quand même ce qui reſte à l'acheteur, vaudroit encore plus que le prix qu'il a payé pour le total; L. 47, ff. *de evict.*

100. Mais ſi l'on a vendu des droits ſucceſſifs, l'éviction que ſouffriroit l'acheteur dans quelque choſe particuliere, qui ſe ſeroit trouvée parmi les biens de la ſucceſſion, ne donne pas lieu à la garantie. La raiſon de différence eſt que celui qui vend une terre, vend tous les morceaux dont elle eſt compoſée, & dont il eſt en poſſeſſion lors de la vente qu'il fait; mais celui qui vend des droits ſucceſſifs, ne vend pas les différens corps qui paroiſſent appartenir à cette ſucceſſion, mais ſeulement le droit ſucceſſif qui ne renferme que les choſes auxquelles la ſucceſſion a effectivement droit, *Voyez infrà, p.* 6, *ch.* 3.

101. Non-ſeulement l'éviction de la choſe vendue, ou de quelqu'une de ſes parties, donne lieu à la garantie, mais même l'éviction de ce qui en eſt reſté après ſon extinction, ou de ce qui en eſt provenu, y peut donner lieu. Par exemple, ſi quelqu'un m'a vendu une jument qui ne lui appartenoit pas, & qu'après la mort de cette jument, le vrai propriétaire m'ait fait condamner à lui en rendre la peau; quoique cette peau ne faſſe pas proprement partie de la jument qui n'eſt plus, néanmoins le vendeur eſt tenu envers l'acheteur de cette éviction, & il doit lui rendre le prix de cette peau qui lui a été évincée.

Il en eſt de même ſi l'acheteur a été condamné à délaiſſer un poulain qui en étoit provenu.

La raiſon de tout ceci eſt, que l'obligation du vendeur de faire avoir à l'acheteur à titre de propriétaire la choſe vendue, renferme celle de lui faire

avoir tout ce qui en pourra reſter, & tout ce qui en proviendra ; c'eſt ce qui réſulte de la Loi 8, ff. *de evict.* Les Loix 36, 42 & 43, ff. *d. t.* ſemblent décider le contraire ; mais ces Loix ne parlent que de l'action *ex ſtipulatione duplæ*, qui étoit en cela différente de l'action *ex empto*. C'eſt la conciliation de Dumoulin, *Tr. de eo quod intereſt, n.* 148, & celle de tous les Interpretes. Cette action *ex ſtipulatione duplæ* n'eſt pas connue dans notre Droit François, comme nous l'avons déja obſervé.

ARTICLE V.

De l'action qui naît de l'obligation de garantie.

De l'obligation de garantie naît l'action de garantie. Nous verrons, 1°. ce que c'eſt que cette action, & ce qui y donne lieu ; quel en eſt l'objet primitif, quel en eſt l'objet ſecondaire, & comment chacun des héritiers du vendeur en eſt tenu : 2°. Quand cette action doit être intentée ? 3°. Contre qui : 4°. Nous traiterons de la priſe du fait & cauſe par le vendeur, & du refus de le prendre : 5°. Nous traiterons des regles générales ſur ce en quoi doit être condamné le vendeur qui ſuccombe ſur l'action de garantie : 6°. Nous traiterons de ce en quoi il doit être condamné dans le cas particulier de l'éviction d'une partie ſoit indiviſe, ſoit intégrante de la choſe vendue, ou de quelque choſe qui en eſt provenu : 7°. De ce en quoi le vendeur doit être condamné, lorſque c'eſt un ſecond acheteur qui eſt évincé : 8°. Nous traiterons de l'effet qu'a, par rapport à l'action de garantie, la clauſe par laquelle le vendeur ſe ſeroit obligé de rendre, en cas d'éviction, le prix, & une certaine portion du prix en ſus : 9°. Nous rapporterons pluſieurs eſpeces particulieres qui donnent lieu à des queſtions ſur l'action de garantie.

§. I.

Ce que c'eſt que l'action de garantie, & ce qui y donne lieu ; quel eſt l'objet primitif, & quel eſt l'objet ſecondaire de cette action, & comment chacun des héritiers du vendeur en eſt tenu.

102. L'action de garantie eſt une branche de l'action perſonnelle *ex empto*, qui naît de l'obligation que le vendeur a contractée envers l'acheteur par le contrat de vente, *præſtare ei rem habere licere.*

Cette obligation renferme celle de défendre l'acheteur de tous *troubles & évictions*. C'eſt pourquoi, non-ſeulement l'*éviction*, c'eſt-à-dire le délais que l'acheteur ſeroit contraint de faire à un tiers, de l'héritage qui lui a été vendu, donne lieu à cette action, mais même le ſimple *trouble*, c'eſt-à-dire la ſimple demande que donne contre l'acheteur un tiers qui prétend avoir un droit exiſtant dès le temps du contrat de vente de ſe la faire délaiſſer.

Lorſque l'acheteur n'eſt pas en poſſeſſion de la choſe qui lui a été vendue, le trouble conſiſte dans le refus que lui donne un tiers qui s'en trouve en poſſeſſion, de la lui faire délaiſſer.

103. L'objet immédiat & primitif de cette action eſt la priſe de fait & cauſe pour l'acheteur ; c'eſt-à-dire, la défenſe de la cauſe de l'acheteur, dont le vendeur eſt obligé de ſe charger, *factum defendendi.*

104. Ce fait eſt indiviſible ; *quia reſpicit unicam & integram totius controverſiæ defenſionem, quaſi certam quandam formam ;* Molin. *Tr. de div. & indiv. p. 2, n.* 496. D'où il ſuit que cette action eſt indiviſible. C'eſt pourquoi lorſque le vendeur d'une choſe diviſible a laiſſé pluſieurs héritiers ; quoique l'obligation qu'il a contractée *præſtare emptori rem habere licere*, ayant pour objet une choſe diviſible, ſoit une obligation diviſible qui ne paſſe à chacun de ſes héritiers, que pour la part pour laquelle il eſt héritier, néanmoins cette action de garantie qui en naît, ayant pour objet un fait indiviſible, a lieu pour le total contre chacun des héritiers du vendeur, & l'acheteur peut conclure contre un ſeul des héritiers à ce qu'il ſoit tenu de prendre ſon fait & cauſe, & de ſe charger pour lui de la défenſe totale de la cauſe.

En défendant ſeulement pour ſa part, il ne ſatisfait pas même pour ſa part, à l'obligation *præſtandi ei rem habere licere ;* car l'acheteur ayant acheté la choſe pour l'avoir entiere, l'obligation *præſtandi ei rem habere licere*, quoique diviſible *obligatione*, eſt indiviſible *ſolutione ;* chacun des héritiers du vendeur ne défend donc pas valablement l'acheteur, s'il ne le défend pour le total.

105. Mais ſi cet héritier aſſigné en garantie, refuſe de prendre le fait & cauſe de l'acheteur, *putà* parce qu'il penſe n'avoir aucun moyen pour le défendre ; ou ſi ayant pris ſon fait & cauſe, il a ſuccombé ; en l'un & l'autre cas, ſon obligation de défendre, ſe convertit en une obligation diviſible de payer à l'acheteur les dommages & intérêts réſultans de l'éviction, dont cet héritier n'eſt tenu que pour la part dont il eſt héritier. C'eſt ce qui eſt décidé par la Loi 85, §. 5, ff. *de verb. obl. In ſolidum agi oportet, & partis ſolutio adfert liberationem, cùm ex causâ evictionis intendimus ; non auctoris heredes in ſolidum omnes conveniendi ſunt, omneſque debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur ; ſed unicuique pro parte hereditariâ præſtatio injungitur.* La même choſe eſt décidée en la Loi 139, ff. *d. t.* & ces déciſions ſont très-juſtes ; car l'obligation de défendre dérive de l'obligation *præſtare emptori rem habere licere*, qui quoiqu'indiviſible *ſolutione*, eſt diviſible *obligatione ;* l'héritier qui en ne défendant pas ne remplit pas cette obligation *præſtandi rem habere*, n'eſt donc tenu que pour ſa part de l'inexécution de cette obligation & des dommages & intérêts qui en réſultent.

106. Il y a néanmoins un cas auquel celui qui n'eſt qu'héritier pour partie du vendeur ayant été ſeul aſſigné, & s'étant chargé ſeul de la défenſe de l'acheteur dans laquelle il auroit ſuccombé, doit être condamné pour le total aux dommages & intérêts de l'acheteur, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers, ainſi qu'il pourra & devra ; c'eſt le cas auquel cet héritier pour partie, ſe ſeroit porté pour ſeul héritier du vendeur, & auroit par-là empêché l'acheteur qu'il auroit induit en erreur, d'exercer à temps ſa garantie contre les autres héritiers du vendeur, qui peuvent oppoſer à l'acheteur, que s'ils euſſent été appellés en garantie avant le jugement, ils euſſent eu de bons moyens de défenſe à oppoſer.

§. II.

Quand l'action de garantie peut-elle s'intenter.

107. Il y a à cet égard une différence entre le Droit Romain & notre Pratique Françoiſe, que Caillet a fort bien remarqué *ad tit. Cod. de evict.* Par le Droit Romain l'acheteur auſſi-tôt qu'il étoit troublé, ſoit par une demande en revendication, ſoit par quelqu'autre demande, avoit ſeulement la faculté de dénoncer au vendeur cette action qui étoit intentée contre lui, pour que le vendeur prît ſa défenſe ſur cette action, s'il le jugeoit à propos; mais ce n'étoit qu'après la condamnation intervenue contre l'acheteur ſur cette action, qu'il pouvoit intenter contre ſon vendeur l'action de garantie pour le faire condamner à l'indemniſer de la condamnation, & c'étoit devant le Juge du domicile du vendeur que cette action devoit être intentée. Dans notre Pratique Françoiſe, on évite ce circuit; l'acheteur en même-temps qu'il dénonce au vendeur l'action en revendication, ou autre, par laquelle il eſt troublé en ſa poſſeſſion, & qu'il le ſomme de prendre ſon fait & cauſe ſur cette action, & d'y défendre pour lui, peut auſſi former en même-temps ſon action en garantie contre ſon vendeur devant le Juge pardevant qui eſt pendante la demande originaire, quoiqu'il ne ſoit pas le Juge du domicile du vendeur, & conclure contre le vendeur, à ce que faute par lui de pouvoir le défendre, & dans le cas auquel le demandeur originaire obtiendroit à ſes fins, ledit vendeur ſoit en même temps & par la même Sentence condamné à l'indemniſer.

118. Quoique l'acheteur ait la faculté de former ſon action en garantie, auſſi-tôt qu'il eſt troublé par une demande donnée contre lui, néanmoins s'il a manqué de la former, il eſt toujours à temps de le faire, non-ſeulement juſqu'à la Sentence de condamnation, mais même depuis la Sentence: il n'y a que la preſcription ordinaire de trente ans qui puiſſe l'exclure de cette action; & le temps de cette preſcription ne commence à courir que du jour du trouble qui lui a été fait par la demande donnée contre lui.

Obſervez que lorſqu'il a tardé juſqu'après l'inſtance finie & terminée avec le demandeur originaire, à former ſa demande en garantie, il ne peut plus la former que devant le Juge du domicile de ſon vendeur.

Pareillement lorſque c'eſt l'acheteur qui a donné la demande contre un tiers qui eſt en poſſeſſion de la choſe qui lui a été vendue, quoiqu'il puiſſe auſſi-tôt le refus fait par le défendeur de lui laiſſer la choſe, ſommer ſon vendeur de prendre ſon fait & cauſe, & intenter contre lui l'action de garantie, il eſt toujours à temps de le faire, même après l'inſtance terminée par une Sentence qui auroit donné congé de ſa demande.

109. Quoique l'acheteur ſoit toujours à temps d'exercer ſon action de garantie, il a un grand intérêt de l'exercer auſſi-tôt que le trouble lui eſt fait: faute de le faire, il n'a aucun recours pour tous les dépens faits dans le temps intermédiaire entre le trouble qui lui a été fait & ſa demande en garantie, le vendeur n'étant obligé de l'acquitter que des dépens faits depuis qu'il a été en cauſe, & du coût de l'exploit de la demande originaire.

L'acheteur a ſur-tout intérêt d'exercer ſon action de garantie avant la Sentence définitive; car lorſqu'il attend après cette Sentence à l'intenter, il ſe charge de la juſtification du droit du tiers qui a obtenu contre lui; au-lieu qu'en donnant la demande en garantie avant la fin du procès, cette diſcuſſion ſe feroit entre le tiers & le garant.

D'ailleurs lorſque l'acheteur a attendu après la Sentence à intenter ſon action de garantie; quoique l'acheteur rapporte les titres juſtificatifs du droit du demandeur originaire à qui il a été condamné de délaiſſer, le garant peut quelquefois, pour être renvoyé de la demande en garantie, lui oppoſer avec ſuccès, qu'il auroit eu des moyens & fins de non-recevoir contre la demande originaire, s'il eût été appellé à temps pour y défendre: il ne ſuffit pas néanmoins au garant de le dire, il doit établir & juſtifier ſes moyens.

§. III.

Contre qui ſe donne l'action de garantie.

110. L'action de garantie doit s'intenter contre le vendeur ou ſes héritiers, ou autres ſucceſſeurs univerſels.

Lorſque le vendeur a laiſſé pluſieurs héritiers, l'acheteur peut l'intenter contre tous, ou ſeulement contre l'un d'entr'eux: mais il a un grand intérêt de l'intenter contre tous; car lorſqu'il ne l'a intenté que contre l'un d'entr'eux, quoique celui qu'il a aſſigné ſoit tenu de la défenſe totale de la cauſe, néanmoins s'il ne défend pas, ou s'il ſuccombe dans la défenſe qu'il aura entrepriſe, il ne ſera tenu perſonnellement des dommages & intérêts de l'acheteur, que pour la part pour laquelle il eſt héritier du vendeur; & l'acheteur ſera obligé de ſe pourvoir de nouveau pour le ſurplus contre les autres héritiers du vendeur, & d'établir contr'eux qu'il y avoit lieu à la garantie, & qu'il a été juſtement condamné à délaiſſer; car la Sentence n'ayant été rendue que contre l'un des héritiers du vendeur, elle n'établit pas ſon bien-jugé contre les autres qui n'étoient pas parties.

Lorſque l'acheteur n'a appellé en garantie que l'un des héritiers du vendeur, celui qui a été appellé, a lui-même intérêt d'appeller en cauſe ſes cohéritiers pour qu'ils ſoient tenus de défendre conjointement avec lui, afin qu'ils partagent avec lui les frais de la défenſe de la cauſe; autrement s'il défendoit ſeul ſans les appeller, il ſupporteroit ſeul les dépens.

111. A l'égard des cautions du vendeur, l'acheteur qui a appellé le vendeur en garantie, n'eſt pas obligé d'y appeller auſſi les cautions: *Auctore laudato, ſi evicta res eſt, fidejuſſorem, etiamſi agi cauſam ignoraverit, evictionis nomine conveniri poſſe non ambigitur;* L. 7. *Cod. de evict.* C'eſt le vendeur plutôt que ſes cautions, qui doit être cenſé inſtruit des moyens de défenſes qu'on peut oppoſer pour maintenir l'acheteur: les cautions en cautionnant le vendeur ont accédé non-ſeulement à l'obligation principale de défendre, mais auſſi à l'obligation ſecondaire des dommages & intérêts dont ſera tenu le vendeur, faute d'avoir défendu; (*Voyez le Traité des Obligations, n.* 404).

112. Il n'y a que le vendeur & ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs univerſels, ou ſes cautions, qui ſoient tenus de l'action de garantie; celui qui a ſimplement

ſimplement conſenti à la vente d'une choſe, n'eſt pas tenu de cette action; il ne s'oblige par ce conſentement qu'à n'apporter de ſa part aucun trouble à l'acheteur; mais il ne s'oblige pas à le défendre du trouble qui pourroit lui être fait par d'autres: de-là cette regle, *aliud eſt vendere, aliud venditioni conſentire*; L. 160, ff. *de R. J.*

C'eſt une queſtion de fait, ſi quelqu'un s'eſt porté vendeur, ou a ſimplement conſenti à la vente, qui dépend des termes de l'acte & des circonſtances; celui qui a partagé le prix eſt facilement préſumé s'être porté vendeur; *Arg.* L. 12, ff. *de evict.*; Deſpeiſſes, *ibid. n.* 21.

§. IV.

De la priſe de fait & cauſe, & du refus de le prendre.

113. Lorſque le vendeur ou ſes héritiers appellés en garantie, déclarent qu'ils prennent le fait & cauſe de l'acheteur, l'acheteur peut, s'il le requiert avant la conteſtation, être mis hors de cauſe; *Ord. de* 1667, *tit.* 8, *art.* 9; & le procès commencé ſur la demande du demandeur originaire contre l'acheteur, ſe pourſuit entre ce demandeur originaire, & le garant comme ayant pris le fait & cauſe de l'acheteur, & s'étant chargé de la défenſe de ſa cauſe. Néanmoins cet acheteur, quoique mis hors de cauſe, peut y aſſiſter pour la conſervation de ſes droits; *art.* 10.

114. Quoique l'acheteur ait été mis hors de cauſe, néanmoins la cauſe de la défenſe de laquelle ſon garant s'eſt chargé, eſt véritablement la cauſe de l'acheteur. C'eſt pourquoi le jugement qui intervient entre le demandeur originaire & le garant, profite à l'acheteur, s'il eſt rendu au profit du garant; *& vice verſâ*, s'il eſt rendu contre le garant, il s'exécute contre l'acheteur. Le demandeur originaire ſur la ſimple ſignification qu'il fera à l'acheteur du jugement qui a condamné le garant à faire délaiſſer l'héritage, pourra contraindre l'acheteur à ce délais; *Ord. d. tit. art.* 11; L. 4, ff. *de re jud.*

Obſervez que le jugement rendu contre le garant qui a pris le fait & cauſe de l'acheteur, ne s'exécute contre l'acheteur que pour le principal, c'eſt-à-dire, pour le délais de l'héritage que le garant a été condamné de faire délaiſſer, & pour la reſtitution des fruits perçus par l'acheteur lorſqu'elle eſt ordonnée: mais la condamnation des dépens auxquels le garant a été condamné envers le demandeur originaire, ne s'exécute pas contre l'acheteur, *art.* 11; elle ne s'exécute que contre le garant qui y eſt condamné: car c'eſt la peine de la mauvaiſe conteſtation qui ne doit être ſupportée que par celui qui a fait la conteſtation; or c'eſt le garant qui l'a formée en prenant le fait & cauſe de l'acheteur, qu'il ne devoit pas prendre, ſi la demande originaire étoit bien fondée.

115. En effet, l'obligation que le vendeur contracte envers l'acheteur, de le défendre & de prendre ſon fait & cauſe, dans toutes les demandes qui tendroient à le troubler dans la libre poſſeſſion de la choſe qui lui a été vendue, n'eſt pas une obligation préciſe, mais une obligation contractée ſous la faculté de s'en décharger, en offrant de rendre à l'acheteur le prix,

& de l'indemniſer de l'éviction. De l'obligation primitive que le vendeur contracte, *præſtandi emptori rem habere licere*, naît l'obligation de défendre l'acheteur des évictions, en prenant ſon fait & cauſe, ou de lui payer ſes dommages & intérêts. Le vendeur ne doit prendre le fait & cauſe de l'acheteur, que lorſqu'il a de bons moyens pour le défendre & pour faire prononcer le congé de la demande du demandeur originaire : mais lorſque la demande originaire eſt bien fondée, il doit déclarer que n'ayant aucuns bons moyens contre cette demande, il ſe ſoumet à la reſtitution du prix & au paiement des dommages & intérêts : l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur ne peut aller juſqu'à l'obliger de ſoutenir pour lui un procès injuſte.

116. Lorſque le vendeur, appellé en garantie par l'acheteur, a déclaré n'avoir point de moyens pour le défendre, & lui a offert de lui rendre le prix & de l'indemniſer de l'éviction, il eſt permis à l'acheteur, s'il le juge à propos, de ſoutenir lui-même le procès ; mais en ce cas il le ſoutient à ſes riſques ; & s'il ſuccombe, il ne peut demander au vendeur le rembourſement des dépens qu'il a faits pour ſoutenir le procès, ni de ceux auxquels il a été condamné envers le demandeur originaire ; il ne peut demander au vendeur que la reſtitution du prix, & les dommages & intérêts qui lui ont été offerts, les dépens de la demande en ſommation, & le rembourſement du coût de l'exploit de la demande originaire.

Si l'acheteur réuſſit & obtient le congé de la demande originaire, le garant en profite : car l'acheteur ne ſouffrant pas en ce cas d'éviction & conſervant la choſe, il ne lui eſt dû ni dommages & intérêts, ni reſtitution du prix.

117. Lorſque le vendeur a laiſſé pluſieurs héritiers qui ſont tous aſſignés en garantie, un ſeul peut prendre le fait & cauſe, & ſoutenir le procès à ſes riſques, quoique les autres déclarent qu'ils n'ont pas de moyens pour défendre, & qu'ils ſe ſoumettent au paiement des dommages & intérêts ; & s'il réuſſit, ſes cohéritiers en profitent.

§. V.

Regles générales ſur ce en quoi le vendeur qui ſuccombe ſur l'action de garantie, doit être condamné.

Le vendeur qui n'a pas défendu l'acheteur, ou qui a ſuccombé dans la défenſe qu'il avoit entrepriſe de la cauſe de l'acheteur, doit être condamné envers l'acheteur qui a ſouffert éviction de la choſe qui lui a été vendue, 1°. à la reſtitution du prix qu'il a reçu : 2°. à acquitter l'acheteur des condamnations intervenues envers le demandeur originaire, pour la reſtitution des fruits, ou pour les dégradations faites à l'héritage : 3°. à acquitter l'acheteur des dépens : 4°. à payer à l'acheteur ſes dommages & intérêts réſultans de l'éviction, lorſqu'il en a ſouffert au-delà du prix qui doit lui être reſtitué.

Premier objet de condamnation.

118. Le vendeur, en cas d'éviction, doit être condamné envers l'acheteur à lui reſtituer le prix qu'il a reçu.

Il doit y être condamné, de même que dans le cas de défaut de tradition, quand même la choſe vendue auroit été depuis le contrat de vente conſidérablement détériorée, ſoit par la négligence de l'acheteur, ſoit par des accidens de force majeure, de maniere qu'elle ſe trouveroit, lors de l'éviction, d'une valeur beaucoup inférieure au prix pour lequel elle a été vendue.

Nous avons établi cette déciſion, *ſuprà*, *part.* 2, *n.* 68.

119. Il y a quelquefois quelques déductions à faire ſur le prix que le vendeur eſt tenu de rendre à l'acheteur en cas d'éviction.

1°. Si avant la demande ſur laquelle l'acheteur a été évincé, il y avoit eu une précédente inſtance entre le vendeur & l'acheteur, ſoit pour défaut de continence, ſoit pour quelque charge réelle qui n'auroit pas été déclarée par le vendeur; & que ſur cette inſtance le vendeur eût été condamné à payer une certaine ſomme à l'acheteur, le vendeur appellé depuis en garantie ſur la demande, ſur laquelle l'acheteur a été condamné à délaiſſer l'héritage, doit faire déduction ſur le prix qu'il doit rendre à l'acheteur, de la ſomme que l'acheteur a déja touchée, pour raiſon du défaut de continence, ou de la charge non-déclarée: car cette ſomme étoit la reſtitution d'une partie du prix que le vendeur lui a déja faite; il ne lui doit donc plus rendre que le ſurplus; *Facit* L. 48, ff. *de evict.*

120. 2°. Si le vendeur avant le contrat de vente avoit fait des méliorations ſur l'héritage qu'il a depuis vendu, & que l'acheteur eût reçu le prix de ces méliorations, du propriétaire à qui il a délaiſſé l'héritage; le vendeur doit déduire cette ſomme ſur le prix qu'il doit rendre à l'acheteur, car le prix de ces méliorations qu'il a reçu, fait partie du prix pour lequel la choſe lui a été vendue; & par conſéquent ayant déja reçu une partie du prix, le vendeur ne doit plus lui rendre que le ſurplus.

121. 3°. Lorſque l'acheteur a fait des dégradations ſur l'héritage dont il a profité; *putà* en vendant une futaie, ſans qu'il ait été obligé d'en faire raiſon à celui à qui il a été condamné de délaiſſer l'héritage, il doit faire déduction ſur le prix de l'héritage que le vendeur doit lui rendre, de la ſomme qu'il a reçue pour le prix de cette futaie; car il a été rembourſé du prix de l'héritage, juſqu'à concurrence de cette ſomme.

122. Le vendeur n'eſt pas en droit de faire déduction ſur le prix qu'il doit rendre, des ſommes qu'il lui en a déja coûté pour faire ceſſer des précédentes évictions, lorſque ce n'eſt pas l'acheteur qui a reçu ces ſommes. C'eſt ce qui paroîtra par l'exemple ſuivant. Vous m'avez vendu un héritage comme à vous appartenant, qui appartenoit à Pierre: ſur la demande en revendication donnée par Pierre contre moi, je vous ai appellé en garantie, & vous avez tranſigé avec Pierre, lequel, pour une ſomme d'argent que vous lui avez donnée, s'eſt déſiſté de ſa demande: depuis j'ai été obligé de délaiſſer cet héritage à Jacques, qui étoit appellé à une ſubſtitution de cet héritage après la mort de Pierre; ſur le prix que vous me devez rendre en conſéquence de cette éviction, vous ne pouvez me faire aucune déduction de ce que vous avez payé à Pierre: car ce n'eſt pas moi qui ai reçu cette ſomme; on ne peut pas dire que c'eſt pour moi, & en mon acquit, que vous l'avez payée à Pierre; car je ne devois rien à Pierre; c'eſt vous qui étiez obligé de faire ceſſer l'éviction de Pierre; c'eſt

pour vous acquitter de votre obligation, que vous avez payé cette ſomme à Pierre : mais en me défendant de l'éviction de Pierre, vous n'en demeurez pas moins obligé de me défendre ou de m'indemniſer des évictions que je pourrois ſouffrir de la part d'autres perſonnes ; Jacques m'ayant évincé pour le total de l'héritage, le prix doit m'être par vous rendu en total ; *Caballinus de evict. in addition.* au grand Recueil, feuillets 104 & 105.

Second objet de condamnation.

123. Lorſque l'acheteur a été condamné à reſtituer les fruits qu'il a perçus, le vendeur ſon garant, doit être condamné à l'acquitter de cette condamnation.

Cependant, ſi le vendeur aſſigné en garantie, déclaroit à l'acheteur qu'il n'a pas de moyens pour le défendre ; s'il offroit de lui reſtituer le prix, & de l'indemniſer entiérement de l'éviction, & que l'acheteur, nonobſtant ces offres, voulût ſoutenir le procès, le vendeur pourroit en conſignant le prix, ſe décharger de l'obligation d'acquitter l'acheteur de la reſtitution des fruits perçus depuis les offres pendant le cours du procès : car le vendeur ayant offert à l'acheteur tout ce qu'il lui devoit, ne doit pas ſouffrir de ce que l'acheteur, ſans égard à ſes offres qu'il devoit accepter, a voulu ſoutenir contre le demandeur originaire un procès injuſte. Au reſte, je crois que le vendeur pour ſe décharger de cette obligation, doit conſigner le prix dont il a offert la reſtitution ; car tant que le vendeur ne conſigne point, & qu'il conſerve la jouiſſance du prix que l'acheteur lui a payé, il doit faire avoir à l'acheteur la jouiſſance de la choſe vendue qui doit tenir lieu à l'acheteur de la jouiſſance qu'a le vendeur du prix qu'il lui a payé. C'eſt pourquoi le vendeur doit acquitter l'acheteur de la reſtitution de ces jouiſſances, lorſque l'acheteur eſt condamné de les reſtituer au demandeur originaire.

124. Pareillement, lorſque l'acheteur a été condamné à faire raiſon au demandeur originaire, des dégradations faites par ſon fait ou par ſa faute, le vendeur doit auſſi en certains cas l'acquitter de cette condamnation. J'ai dit *en certains cas ;* car il y a à cet égard des diſtinctions à faire.

125. Si les dégradations ſont des dégradations dont l'acheteur a profité, & s'il n'a été condamné pour leſdites dégradations envers le demandeur originaire qu'à la reſtitution de la ſomme dont il a profité, le vendeur ſon garant qui lui reſtitue le prix entier qu'il a payé, n'eſt pas tenu de l'acquitter en outre à cet égard envers le demandeur originaire.

Finge, vous m'avez vendu un héritage pour le prix de cinquante mille livres ; j'ai fait abattre une futaie qui étoit ſur cet héritage, que j'ai vendue pour le prix de dix mille livres ; j'ai été condamné à délaiſſer cet héritage, & à payer au demandeur originaire la ſomme de dix mille livres que j'ai reçue pour le prix de la futaie : vous ne devez pas ſur l'action de garantie que j'ai donnée contre vous, être condamné à payer pour moi cette ſomme de dix mille livres, outre la reſtitution que vous devez me faire du prix entier de cinquante mille livres que je vous ai payées : car ſi cela étoit, il eſt évident que je profiterois de dix mille livres à vos dépens ; ce que l'équité ne permet pas.

Il y a plus : non-ſeulement vous n'êtes pas obligé de payer cette ſomme pour moi ; mais ſi j'avois été condamné à délaiſſer l'héritage ſans rendre cette ſomme, *putà*, ſur la demande d'un créancier hypothécaire, qui n'a droit de ſe faire délaiſſer l'héritage qu'en l'état qu'il ſe trouve lorſqu'il exerce ſon hypotheque, vous ſeriez en droit de me diminuer ſur les cinquante mille livres que je vous ai payées pour le prix entier de l'héritage, dix mille livres que j'ai reçues pour le prix de la futaie ; autrement j'aurois deux fois le prix de cette futaie : car le prix total de cinquante mille livres eſt le prix de toutes les choſes qui compoſoient l'héritage lors de la vente que vous m'en avez faite, & par conſéquent le prix de la futaie s'y trouve compris.

126. A l'égard des dégradations dont l'acheteur n'a pas profité, la queſtion ne peut guere tomber ſur un acheteur de bonne foi ; car il ne doit pas être tenu envers le demandeur originaire, des dégradations qu'il a faites avant qu'il eût aucune connoiſſance du droit du demandeur. Il eſt permis à chacun de négliger ſon bien : on ne peut regarder comme une faute, qu'un homme ait laiſſé détériorer une choſe dont il avoit ſujet de ſe croire le véritable propriétaire, quoiqu'il ne le fût pas : *Qui quaſi ſuam rem neglexit, nulli querelæ ſubjectus eſt ;* L. 31, §. 3, ff. *de petit. hered.* Néanmoins, par erreur de Droit le Juge m'avoit condamné, quoiqu'acheteur de bonne foi, à faire raiſon des dégradations par moi faites ſur l'héritage que j'ai été condamné de délaiſſer ; le vendeur qui auroit été par moi ſommé en garantie, devroit être condamné à m'en acquitter ; car étant obligé de prendre mon fait & cauſe, il doit prendre à ſes riſques la défenſe de la cauſe, & par conſéquent m'acquitter des condamnations juſtes ou injuſtes qui interviendroient contre moi. Mais ſi je m'étois laiſſé condamner ſans ſommer en garantie mon vendeur, le vendeur pourroit ſe défendre de m'acquitter de cette condamnation, en m'oppoſant que c'eſt par ma faute, & pour m'être mal défendu, que j'ai été condamné à faire raiſon de ces dégradations ; & que ſi je l'avois mis en cauſe, il m'auroit mieux défendu & auroit empêché cette condamnation.

Mais pour que le vendeur puiſſe m'oppoſer cette exception, il faut qu'il ait été lui-même poſſeſſeur de bonne foi ; car s'il étoit uſurpateur de l'héritage, quoiqu'il n'ait pas été par moi ſommé en garantie, il ne pourroit ſe diſpenſer de m'acquitter de cette condamnation ; puiſque ſi je n'y avois pas été condamné, il en auroit été lui-même perſonnellement tenu, un uſurpateur étant tenu tant des dégradations par lui faites, que de celles faites par ſes ſucceſſeurs.

127. Il nous reſte à parler du cas auquel l'acheteur a été condamné pour des dégradations faites depuis qu'il a eu connoiſſance qu'il n'étoit pas propriétaire de l'héritage, ou qu'il ne l'étoit pas irrévocablement, & dont il n'a pas profité : comme s'il a arraché de bonnes vignes pour en faire un jardin d'agrément, ou ſi ces vignes ſont devenues en mauvais état pour n'avoir pas été provignées & cultivées comme il faut, *&c.* le vendeur ſon garant doit en ce cas l'acquitter de cette condamnation : car quoique l'acheteur vis-à-vis du propriétaire demandeur originaire, ait eu tort de faire ces dégradations, il n'a pas eu tort vis-à-vis de ſon garant qui ne peut lui reprocher pour quoi il les a faites : il avoit droit en les faiſant de compter ſur la garantie qui lui avoit été promiſe ; il avoit droit de compter que ſon garant empêcheroit l'éviction

comme il s'y étoit obligé, en rachetant la choſe du propriétaire; le garant ne peut donc avoir aucun prétexte pour ſe diſpenſer de l'acquitter de cette condamnation.

Il doit l'en acquitter, quand même il n'auroit pas été ſommé en garantie; car l'acheteur ayant dû dans ce cas être condamné pour raiſon de ces dégradations, le garant ne peut pas, comme dans le cas précédent, lui oppoſer que s'il eût été ſommé en garantie, cette condamnation ne ſeroit point intervenue. Obſervez néanmoins que s'il paroiſſoit que les dégradations ont été faites par malice, dans la vue d'aggraver l'obligation du garant dans un temps auquel l'acheteur avoit lieu de prévoir une prochaine demande en éviction, l'acheteur ne doit en ce cas avoir aucun recours pour ces dégradations contre ſon garant, car *malitiis non eſt indulgendum.*

Depuis la demande & pendant le procès, l'acheteur, quand même il ſeroit acheteur de bonne foi, ne doit faire aucunes dégradations; & s'il eſt condamné pour celles qu'il auroit faites, il ne doit pas avoir de recours contre ſon garant.

Troiſieme objet.

128. Le vendeur doit être condamné en cas d'éviction envers l'acheteur, non-ſeulement aux dépens faits ſur la demande en garantie de l'acheteur contre lui, mais encore aux dépens faits ſur la demande originaire, tant par l'acheteur, que par le demandeur originaire, lorſque l'acheteur y a été condamné. Il ne les doit néanmoins que du jour qu'il a été aſſigné en garantie. A l'égard de ceux faits avant qu'il ait été appellé, il ne doit que le coût du premier exploit de la demande originaire: autrement on pourroit ruiner en frais un vendeur à ſon inſçu, & ſans qu'il pût l'empêcher. C'eſt pourquoi auſſi-tôt qu'un acheteur eſt aſſigné aux fins de délaiſſer l'héritage qui lui a été vendu, il ne doit pas tarder à ſommer en garantie ſon vendeur.

129. Lorſque le vendeur appellé en garantie a ſignifié à l'acheteur, qu'il n'avoit pas de moyens pour le défendre, qu'il offroit lui rendre le prix qu'il avoit reçu, & l'indemniſer entiérement de l'éviction; ſi l'acheteur, nonobſtant ces offres, a voulu ſoutenir le procès, & qu'il ait ſuccombé, il ne doit avoir aucun recours contre ſon garant pour les dépens qui ſe ſont faits depuis les offres; car le vendeur ayant offert tout ce qu'il devoit, l'acheteur devoit s'en contenter; & il ne doit pas être à ſon pouvoir de faire porter au vendeur, malgré lui, les dépens d'un procès injuſte.

Quatrieme objet.

130. Le vendeur, en cas d'éviction, doit être condamné aux dommages & intérêts, lorſque l'acheteur en a ſouffert au-delà du prix qu'il a payé, *in id quod ſuprà pretium intereſt emptoris.*

Lorſque la vente a été faite de bonne foi, & que le vendeur ignoroit que la choſe qu'il vendoit ne lui appartenoit pas ou ne lui appartenoit pas irrévocablement, les dommages & intérêts auxquels le vendeur doit être condamné en cas d'éviction, de même qu'à défaut de tradition, ne ſont ordinairement que

ceux que l'acheteur a soufferts par rapport à la chose même qui lui a été vendue, *propter rem ipsam non habitam*, & non ceux que l'éviction auroit pu lui occasionner d'ailleurs *extrinsecùs* dans ses autres biens.

131. Ces dommages & intérêts que l'acheteur souffre en cas d'éviction par rapport à la chose même *propter rem ipsam*, sont, 1°. comme nous l'avons déja observé en la premiere section, *n. 69, & suiv.*, tous les loyaux-coûts que l'acheteur a faits pour l'acquisition de la chose dont il est évincé; car par l'éviction tous ces loyaux-coûts deviennent en pure perte pour lui.

Tels sont les frais du contrat, de centieme-denier, des proxenetes, les droits de franc-fief, les profits censuels ou féodaux qu'il a payés pour l'acquisition, *&c.*, le coût des aveux & dénombremens & des reconnoissances qu'il a passés : le vendeur doit rembourser l'acheteur de toutes ces choses.

Quand même l'éviction donneroit lieu à la répétition des profits contre les Seigneurs qui les ont reçus, le vendeur ne laisseroit pas d'être obligé de les rembourser à l'acheteur, sauf à lui à exercer les droits de l'acheteur contre les Seigneurs pour la répétition. La raison est, que le vendeur doit rendre l'acheteur entiérement indemne de l'éviction : or l'acheteur ne le seroit, s'il étoit obligé d'avoir un procès contre les Seigneurs pour la répétition des profits : car outre que les Seigneurs pourroient être insolvables, ce n'est point être indemne que d'avoir un procès à soutenir.

132. 2°. Lorsque la chose qui m'a été vendue est, depuis le contrat, augmentée de prix par les circonstances des temps, cette plus-value est pour moi une perte qui concerne la chose même, dont je dois être indemnisé par le vendeur. Par exemple, si une maison que j'ai achetée, il y a quinze ans, vingt mille livres, en vaut trente aujourd'hui que j'en suis évincé, le *id quanti meâ interest eam habere licere*, est de valeur de trente mille livres ; & par conséquent de dix mille livres au-delà du prix que je l'ai achetée, dont mon vendeur doit m'indemniser.

Cependant, si par des circonstances qu'on n'a pu prévoir lors du contrat de vente, il étoit survenu une augmentation immense de prix sur la chose qui m'a été vendue, le vendeur de bonne foi ne devroit pas être, en cas d'éviction, condamné à me payer la somme entiere que vaut aujourd'hui l'héritage, & à laquelle montent par conséquent les dommages-intérêts résultans de l'éviction; mais seulement à payer la somme la plus haute, à laquelle les parties, lors du contrat, ont pu s'attendre que les dommages & intérêts pourroient monter : *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 164 ; & Dumoulin, *tr. de eo quod interest, n. 57, & seq.*

133. Lorsque la plus-value de l'héritage qu'on m'a vendu, résulte des améliorations que j'y ai faites ; si je n'ai été condamné à délaisser l'héritage, qu'à la charge par le demandeur originaire de me rembourser du prix de ces améliorations, il est évident que je ne pourrai prétendre contre mon garant aucuns dommages & intérêts pour raison de cette plus-value, puisque devant en être remboursé par le demandeur originaire, je ne dois pas l'être une seconde fois par mon garant.

C'est ce que décide Paul en la Loi 45, §. 1, ff. *de act. empt. Si mihi alienam aream vendideris, & eam ego ædificavero, atque ita dominus evincit : quia*

possum petentem dominum doli mali exceptione summovere, magis est ut ea res ad periculum venditoris non pertineat.

Mais si le demandeur originaire n'a pas été assujetti par la sentence à me faire raison des méliorations ; *putà* si elles ont été compensées avec les jouissances; en ce cas c'est à mon garant à m'en indemniser. C'est de ce cas qu'on doit entendre la Loi 9, *Cod. de evict.* qui porte : *Sin evictum fuerit : à venditore consequeris, quanti tuâ interest, in quo continetur, etiam eorum persecutio quæ in rem emptam ut melior fieret erogata sunt.*

Cette décision souffre le tempérament que nous avons ci-dessus rapporté : sçavoir, que si l'augmentation de prix qui résulte des méliorations faites par l'acheteur sur la chose vendue, est immense, l'acheteur qui n'a pas obtenu contre la partie qui l'a évincé le remboursement de ces méliorations, ne peut prétendre contre le vendeur qui lui a vendu la chose de bonne foi, une plus grande somme que celle à laquelle ce vendeur, lors du contrat, a pu s'attendre que pourroient monter au plus haut les dommages & intérêts auxquels il s'obligeoit en cas d'éviction ; c'est ce que décide Paul en la Loi 43 ; *Vide plane de act. empt. Si in tantùm pretium excessisse proponas ut non sit cogitatum à venditore de tantâ summâ, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo vænit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.*

Ce tempérament n'a lieu qu'à l'égard du vendeur de bonne foi ; c'est pourquoi Paul ajoute, *in omnibus tamen casibus, si sciens quis alienum vendiderit omnimodò teneri debet;* L. 45, §. 1, *d. t.*

134. De même que le garant est tenu, en cas d'éviction, de rembourser à l'acheteur les méliorations qu'il a faites, lorsque la sentence n'y a pas condamné la partie qui l'évince; par la même raison, si la somme dont l'héritage est augmenté de prix par les méliorations que l'acheteur a faites, excede celle qu'il a dépensée pour les faire, le demandeur originaire n'étant obligé en ce cas de rembourser à l'acheteur que la somme qu'il a dépensée, le garant devra être condamné à l'indemniser pour le surplus. *Finge*, j'ai acheté un héritage pour le prix de vingt mille livres; j'y ai fait une dépense de trois mille livres, qui a augmenté de deux cens livres le revenu annuel de cet héritage, & a par conséquent augmenté de quatre mille livres au moins la valeur de cet héritage; l'éviction de cet héritage qui vaut aujourd'hui vingt-quatre mille livres, est pour moi une perte de vingt-un mille livres, déduction faite de trois mille livres qui doivent m'être remboursées par la partie qui m'évince; cette éviction me cause donc une perte de mille livres au-delà du prix de vingt mille livres, pour lequel je l'ai acheté, dont je dois être indemnisé par mon garant qui est tenu envers moi, *in omne quanti meâ interest suprà pretium.*

135. Que doit-on décider dans le cas inverse auquel la somme que l'acheteur a dépensée, excede celle dont l'héritage est augmenté de prix ? *Finge*, j'ai acheté un héritage pour le prix de vingt mille livres; j'ai fait sur cet héritage une dépense de dix mille livres, qui n'a augmenté le prix de l'héritage, tout au au plus, que de quatre mille livres; je suis évincé par le propriétaire; il est certain qu'il ne sera pas obligé de me rembourser plus que les quatre mille livres dont son héritage est devenu plus précieux: mon garant sera-t-il tenu de m'indemniser

m'indemniſer des ſix mille livres que j'ai dépenſées de plus que celle qui me ſera rembourſée par le propriétaire ? Non, car l'héritage étant ſuppoſé ne valoir que la ſomme de vingt-quatre mille livres, les dommages & intérêts réſultans de l'éviction qui ne ſont autre choſe que *id quanti intereſt eum fundum habere licere*, ne montent par conſéquent qu'à cette ſomme de 24000 livres : l'acheteur étant rembourſé de quatre mille livres par le demandeur, ne ſouffre rien au-delà du prix de vingt mille livres que le vendeur lui doit reſtituer ; les ſix mille livres qu'il a dépenſées de plus ſont pour lui une perte ; mais ce n'eſt pas une perte qui réſulte de l'éviction, ni par conſéquent qui puiſſe être cenſée faire partie des dommages & intérêts réſultans de l'éviction dont le vendeur eſt tenu envers lui ; cette perte étoit faite pour l'acheteur dès avant l'éviction & indépendamment de l'éviction. Ce n'eſt ni l'éviction qui eſt la cauſe de cette perte que l'acheteur a ſoufferte, ni même le contrat de vente, qui en a été ſeulement l'occaſion ; cette perte n'a d'autre cauſe que la propre faute de l'acheteur, qui a fait une folle dépenſe que rien ne l'obligeoit de faire : c'eſt lui ſeul qui la doit ſouffrir.

136. Nous avons juſqu'à préſent expoſé quels peuvent être les dommages & intérêts que l'acheteur peut paroître ſouffrir par rapport à la choſe dont il eſt évincé, *propter rem ipſam ;* le vendeur de bonne foi, comme nous l'avons déja dit, n'eſt ordinairement tenu que de cette eſpece de dommages & intérêts : il n'eſt pas ordinairement tenu de la perte que l'éviction a pu occaſionner d'ailleurs à l'acheteur *extrinſecùs*, & dans ſes autres biens. Par exemple, ſi j'ai établi une auberge dans une maiſon que j'ai achetée, & qui n'y étoit pas alors deſtinée, la perte que me cauſe l'éviction par rapport au dérangement qu'elle apporte à mon commerce d'aubergiſte, ne ſera pas compriſe dans les dommages & intérêts dont eſt tenu envers moi mon vendeur ; parce que cette perte ne concerne pas la choſe même dont je ſuis évincé, je ne la ſouffre pas *propter rem ipſam*, mais *extrinſecùs*, & dans mes autres biens.

La raiſon de cette déciſion eſt tirée de ce principe que nous ne pouvons trop répéter, que l'obligation des dommages & intérêts qu'a contractée mon vendeur qui m'a vendu de bonne foi, n'étant formée que par ſon conſentement, elle ne peut comprendre que ceux auxquels il a voulu & conſenti de s'obliger, & il ne peut être cenſé avoir voulu s'obliger à ceux auxquels il ne peut pas paroître avoir penſé. Or dans un contrat de vente les parties ordinairement n'enviſagent que ce qui concerne la choſe vendue ; elles ne peuvent pas prévoir une infinité d'eſpeces de dommages, que l'éviction peut cauſer d'ailleurs à l'acheteur. Par exemple, dans l'eſpece propoſée, le vendeur qui m'a vendu de bonne foi la maiſon, n'a pu deviner que j'y établirois une auberge, ni par conſéquent penſer au dommage que me cauſeroit dans mon commerce d'aubergiſte l'éviction de cette maiſon ; il ne doit donc pas en être tenu.

137. Il faut décider autrement à l'égard du vendeur qui m'auroit vendu de mauvaiſe foi comme à lui appartenant, une choſe qui ne lui appartenoit pas ; il eſt tenu, en cas d'éviction, de toutes les eſpeces de pertes & dommages que me cauſe & occaſionne l'éviction, quoiqu'ils ne concernent pas la choſe vendue, & que je les ſouffre par rapport à mes autres biens. La raiſon eſt, comme nous l'avons déja obſervé en notre Traité des Obligations, *n.* 166, que dans ce

cas, ce n'eſt pas ſeulement la volonté qu'il a eue de s'obliger, c'eſt ſon dol qui l'oblige, quand même il ne le voudroit pas, à la réparation de tout le dommage que ſon dol m'a cauſé.

Obſervez que ce vendeur de mauvaiſe foi n'eſt néanmoins tenu que des dommages ſoufferts par l'acheteur, qui ſont une ſuite prochaine & immédiate de l'éviction, & non de ceux qui n'en ſeroient qu'une ſuite trop éloignée, & qui pourroient avoir d'autre cauſe. Les principes que nous avons établis ſur cette matiere en notre Traité des Obligations, *n.* 167, reçoivent ici leur application.

138. Quoique le vendeur ait vendu de bonne foi, il eſt néanmoins quelquefois tenu en cas d'éviction, de certaines eſpeces de dommages, cauſés par l'éviction à l'acheteur, quoiqu'ils ne concernent pas la choſe même qui a été vendue, & que l'acheteur les ait ſoufferts *extrinſecùs*, & dans ſes autres biens: cela a lieu toutes les fois qu'il paroît par les circonſtances particulieres qu'ils ont pu être prévus par le contrat, & qu'en conſéquence le vendeur peut être cenſé s'y être tacitement ſoumis. Par exemple, ſi j'ai vendu une maiſon pour faire une auberge, à un homme qui étoit aubergiſte de profeſſion, je dois en ce cas être tenu des dommages qu'il ſouffre par le dérangement dans ſon commerce d'aubergiſte que lui cauſe l'éviction; car dès que je lui vendois la maiſon pour faire une auberge; dès que je le connoiſſois pour aubergiſte de profeſſion, cette eſpece de dommage qui réſultoit de l'éviction, étoit un dommage qui ſautoit aux yeux, & qui ne peut paſſer pour un dommage qui ne pouvoit être prévu par le contrat.

Obſervez que par la liquidation & eſtimation de ces dommages, on doit uſer de beaucoup plus de modération à l'égard d'un vendeur de bonne foi, qu'à l'égard d'un vendeur de mauvaiſe foi.

§. VI.

En quoi doit être condamné le vendeur en cas d'éviction d'une portion de la choſe vendue, ou en cas d'éviction de la choſe qui en eſt provenue, ou qui en reſte.

139. Lorſque l'acheteur ſouffre éviction d'une portion ſeulement de la choſe qui lui a été vendue; ſi cette portion eſt une portion indiviſe & aliquote, le vendeur doit être condamné à lui rendre, 1°. une partie du prix pareille à la part de la choſe dont l'acheteur ſouffre éviction. Par exemple, s'il ſouffre éviction du tiers ou de la moitié de la choſe qui lui a été vendue, le vendeur doit lui rendre le tiers ou la moitié du prix.

Tout ce que nous avons dit au §. précédent ſur l'obligation de la reſtitution du total du prix, dans le cas de l'éviction de toute la choſe, reçoit application à l'égard de l'obligation de rendre une partie du prix, dans le cas de l'éviction d'une partie de la choſe.

140. 2°. Le vendeur doit, de même que dans le cas de l'éviction du total, acquitter l'acheteur des condamnations contre lui intervenues, ſoit pour la reſtitution des fruits de la partie évincée, ſoit par rapport aux dégradations par

lui faites; & enfin il doit l'acquitter des dépens; le tout ſuivant les diſtinctions que nous avons faites au §. précédent.

141. 3°. Enfin, le vendeur doit être condamné aux dommages & intérêts de l'acheteur, ſi l'éviction de cette partie lui en a cauſé au-delà de la part du prix: l'incommodité qu'il ſouffre de ſe trouver par cette éviction en communauté avec celui qui l'a évincé, peut être compriſe & s'eſtimer dans leſdits dommages & intérêts. Au ſurplus tout ce que nous avons dit au §. précédent, des dommages & intérêts, dans le cas de l'éviction du total, peut pareillement recevoir ici application.

142. Lorſque la portion évincée n'eſt pas une portion indiviſe, mais une portion intégrante de l'héritage vendu; *putà*, ſi j'ai ſouffert éviction d'un pré ou d'une vigne dépendante de la métairie que vous m'avez vendue; en ce cas pour régler la portion du prix que vous devez me rendre, il faut faire une ventilation du prix de ce pré ou de cette vigne, eu égard & par proportion à celui pour lequel le total de la métairie a été vendu.

143. Comme le prix qui doit être rendu en cas d'éviction, eſt le prix pour lequel la choſe a été vendue, & non pas le prix qu'elle vaut au temps de l'éviction, comme nous l'avons établi au §. précédent, il s'enſuit que cette ventilation doit ſe faire, eu égard à l'état auquel ſe trouvoient, tant la partie évincée que les autres parties de la métairie lors du contrat, & non pas eu égard à celui auquel elles ſe trouvent lors de l'éviction. C'eſt ce que décide la Loi 13, ff. *de evict. Bonitatis æſtimationem faciendam cùm pars evinceretur, Proculus rectè putabat quæ fuiſſet venditionis tempore, non cùm evinceretur;* mais pour régler les dommages & intérêts qui peuvent être dus à l'acheteur au delà du prix du contrat, l'eſtimation doit ſe faire eu égard à l'état auquel ſe trouve au temps de l'éviction la partie évincée, & à la valeur qu'elle a alors. Par exemple, ſi la vigne qui m'a été évincée, n'étoit, lors du contrat, de valeur que de douze cens livres, eu égard au prix du total de la métairie, & qu'elle en vaille quinze cens au temps de l'éviction, le vendeur devra être condamné à me payer, outre les douze cens livres pour la reſtitution du prix du contrat, les trois cens livres qu'elle ſe trouve valoir de plus; *nam tanti meâ intereſt eam habere licere*; Molin. *Tr. de eo quod intereſt*, n. 67, 68, 69.

144. Il nous reſte à obſerver que l'éviction d'une partie peut quelquefois donner droit à l'acheteur, de conclure contre le vendeur à la reſciſion du contrat en entier: ce qui a lieu lorſqu'il eſt vraiſemblable que ſans la partie évincée l'acheteur n'eût pas voulu acheter le ſurplus.

145. Lorſque ce n'eſt ni d'une partie aliquote & indiviſe, ni d'une partie intégrante de la choſe vendue dont je ſuis évincé, mais de quelque choſe qui en eſt provenu; comme ſi quelqu'un m'avoit vendu une jument qui ne lui appartenoit pas, & qu'après la mort de la jument j'aie ſouffert l'éviction du poulain qui en étoit provenu depuis la vente; en ce cas il n'y a pas lieu au premier objet de l'action *ex empto* qui concerne la reſtitution du prix pour lequel la choſe a été vendue, ce prix ne pouvant être le prix d'une choſe qui n'a pas été vendue, & eſt ſeulement provenue de la choſe vendue, il n'y a lieu qu'au ſecond objet de l'action *ex empto* qui concerne le *quod intereſt emptoris habere licere*; Molin. *Tr. de eo quod intereſt*, n. 149; ce qui doit ſe régler ſuivant la valeur de cette choſe en temps de l'éviction.

§. VII.

En quoi doit être condamné le vendeur, lorſque c'eſt un ſecond acheteur qui eſt évincé.

146. Lorſque ce n'eſt pas le premier acheteur qui eſt évincé, mais un ſecond acheteur à qui le premier acheteur avoit revendu la choſe, les dommages & intérêts qui ſont dus en ce cas par le premier vendeur au premier acheteur, outre la reſtitution du prix du premier contrat, conſiſtent dans ce que ce premier acheteur, ſur l'action en garantie du ſecond acheteur, a été condamné de lui payer de plus que n'eſt le prix du premier contrat de vente.

Par exemple, ſi j'ai acheté un héritage huit mille livres, que je l'aie revendu à Pierre dix mille livres, & que Pierre en ayant été évincé, j'aie été condamné envers Pierre à lui rendre la ſomme de dix mille livres, & à lui payer ſes dommages & intérêts, qui ont été liquidés à deux mille livres, mon vendeur ſera condamné envers moi à m'acquitter de douze mille livres que je ſuis condamné de payer à Pierre, & par conſéquent en quatre mille livres au-delà du prix de huit mille livres, pour lequel il m'a vendu l'héritage.

147. *Vice versâ*, ſuppoſons que j'aie acheté l'héritage dix mille livres; que je l'aie revendu à Pierre ſix mille livres; que Pierre ayant été évincé, j'aie été condamné envers lui à lui rendre la ſomme de ſix mille livres, & en ſes dommages & intérêts liquidés à quinze cens livres, ſuffit-il que mon vendeur m'acquitte des ſept mille cinq cens livres que je ſuis obligé de payer au ſecond acheteur, & ne doit-il pas me rendre entiérement la ſomme de dix mille livres, pour laquelle il m'a vendu l'héritage? Il paroît que, ſuivant les principes de Dumoulin, il doit rendre la ſomme entiere de dix mille livres, non en vertu du ſecond chef de l'action *ex empto* que l'acheteur ſouffre de l'éviction au-delà du prix, puiſque ce que je ſouffre de l'éviction eſt au contraire bien au-deſſous du prix que j'ai payé; mais il doit cette reſtitution en vertu du premier chef de l'action *ex empto*, qui conſiſte dans la reſtitution du prix que le vendeur, en cas d'éviction, n'a plus droit de retenir, faute par lui d'exécuter l'obligation qu'il avoit contractée envers moi, de me faire jouir & mes ſucceſſeurs.

148. Le ſecond acheteur pourroit-il, en offrant de me quitter de ce que je lui dois de mon chef, être reçu à exercer en ma place & à ſon profit mes actions contre le premier vendeur, pour la reſtitution du prix de dix mille livres? On pourroit le ſoutenir; car lorſque je vends une choſe à quelqu'un, je ſuis cenſé lui vendre & tranſporter tous les droits & actions qui tendent à faire avoir cette choſe, & par conſéquent l'action *ex empto* que j'ai contre mon vendeur, *ut præſtet rem habere licere*; cela paroît renfermé dans l'obligation que je contracte moi-même envers lui, *præſtandi ei rem habere licere*.

§. VIII.

De l'effet qu'ont par rapport à l'action de garantie, les clauſes d'un contrat de vente, par leſquelles le vendeur s'obligeroit de rendre en cas d'éviction à l'acheteur le prix avec une certaine portion du prix en ſus.

149. Les clauſes par leſquelles, dans un contrat de vente, le vendeur s'obligeroit, en cas d'éviction, de rendre à l'acheteur le prix avec une certaine portion de ce prix en ſus, ſont fort différentes dans notre Droit François, de la ſtipulation *duplæ*, qui étoit en uſage par le Droit Romain, par laquelle le vendeur s'obligeoit, en cas d'éviction, de rendre le prix au double à l'acheteur.

Cette ſtipulation étoit un contrat acceſſoire, à la vérité, au contrat de vente; mais ſéparé & diſtingué de ce contrat, & qui produiſoit une action ſéparée, & très-différente de l'action *ex empto*; & il étoit au choix de l'acheteur d'intenter l'une ou l'autre de ces actions.

Au contraire, ces clauſes qu'on inſéreroit aujourd'hui dans un contrat de vente, feroient partie du contrat de vente, & ne produiroient pas une action diſtinguée de l'action *ex empto*; mais elles ſerviroient à régler ce que l'acheteur doit demander par l'action *ex empto*, dans le cas d'éviction prévu par la clauſe.

150. Les parties par ces clauſes compoſent, comme à forfait, des dommages & intérêts qui pourroient être prétendus par l'acheteur en cas d'éviction; de maniere que ſi, par exemple, on eſt convenu que le vendeur rendroit à l'acheteur le tiers en ſus du prix, l'acheteur ne pourra prétendre une plus grande ſomme, quand même il auroit la preuve que ſes dommages & intérêts montent à davantage; & *vice versâ*, le vendeur ne pourra éviter de payer le tiers en ſus, quand même l'acheteur ne ſouffriroit pas de dommages & intérêts au-delà du prix; Molin. *ibid.*, *n.* 120.

151. Cette déciſion ſouffre exception. 1°. S'il étoit dit que le vendeur s'oblige à payer, en cas d'éviction, le tiers en ſus du prix, *ſans préjudice de plus grands dommages & intérêts, s'il y échoit*; ou même ſeulement ſi le contrat, qui contient cette obligation de payer le tiers en ſus du prix, en cas d'éviction, contenoit auſſi celle des dommages & intérêts: *ſi adjectum ſit ſine præjudicio damnorum majorum, vel ſi nihilominùs promiſſa ſunt damna & intereſſe*; *n.* 120.

2°. Si l'éviction procédoit du dol du vendeur, ou de quelque nouveau fait de ſa part; comme ſi depuis le contrat de vente où eſt cette clauſe, & avant la tradition, le vendeur eût, au préjudice de la vente, hypothéqué l'héritage à un créancier qui en eût depuis évincé l'acheteur.

3°. Lorſque cette obligation de rendre en cas d'éviction un tiers en ſus du prix, ou quelqu'autre choſe de ſemblable, eſt contractée par le vendeur, par forme de peine, *nomine pœnæ*, en cas de l'inexécution de l'obligation principale: car notre déciſion n'a lieu que lorſque ces clauſes ſont partie de

la diſpoſition principale du contrat, & que l'eſprit des parties eſt de régler par ces clauſes l'objet & l'étendue de l'obligation principale en cas d'éviction. Mais lorſque ces clauſes renferment une peine, ces clauſes ſont des clauſes acceſſoires à la diſpoſition principale. L'obligation qui en naît, eſt une obligation ſecondaire qu'on appelle *obligation pénale ;* & il eſt de la nature de ces obligations pénales d'accéder à l'obligation principale, ſans la diminuer, comme nous l'avons expliqué en notre Traité des Obligations, *n.* 341, où je renvoie ; *Molin.* 121.

152. Obſervez auſſi que ſi cette convention n'étoit faite qu'avec la caution du vendeur, elle n'auroit d'effet que vis-à-vis cette caution, qui ſeroit cenſée avoir voulu par cette clauſe reſtreindre & limiter ſon cautionnement à ce tiers en ſus du prix : ce qui n'empêcheroit pas que le vendeur ne fût tenu à davantage, ſi les dommages & intérêts de l'acheteur montoient à davantage ; *Molin.*, *n.* 120. Mais s'ils montoient à moins que le tiers en ſus du prix, la caution nonobſtant cette clauſe, ne ſeroit tenue que de la ſomme à laquelle ils monteroient, étant de l'eſſence des cautionnemens qu'une caution ne ſoit pas tenue à plus que le débiteur principal. *Voyez notre Traité des Obligations*, *n.* 370 *& ſuiv.*

S'il y avoit pluſieurs vendeurs, & que cette convention n'eût été faite qu'avec l'un d'eux, elle n'auroit d'effet que vis-à-vis de lui ; Molin. *ibid.*, *n.* 120.

§. IX.

Pluſieurs eſpeces particulieres qui donnent lieu à des queſtions ſur l'action de garantie.

PREMIERE ESPECE.

153. Une perſonne qui étoit propriétaire des trois quarts ſeulement par indivis d'une prairie de mille arpens, m'a vendu cette prairie entiere comme lui appartenante pour le total : depuis le contrat, la riviere a emporté deux cens arpens de cette prairie : le propriétaire du quart de cette prairie m'a évincé du quart de ce qui en reſtoit, lequel quart monte à deux cens arpens : on demande pour quelle part je ſuis cenſé ſouffrir éviction de l'héritage qui m'a été vendu, & pour quelle part du prix j'ai action de garantie contre mon vendeur ?

Il ſemble d'abord que l'éviction que je ſouffre dans cette eſpece, eſt l'éviction du quart de la prairie qui m'a été vendu ; car le demandeur en étoit véritablement propriétaire du quart. Il a revendiqué ce quart : j'ai été obligé de lui délaiſſer ce quart : je ſouffre donc éviction du quart, & en conſéquence mon vendeur me doit rendre le quart du prix. Il eſt vrai que la perte cauſée par la riviere, a diminué ce quart dont je ſouffre éviction, & que de deux cens cinquante arpens en quoi il conſiſtoit, il a été réduit à deux cens. Mais ſuivant les principes ci-deſſus établis, le vendeur ne doit pas profiter de la détérioration ſurvenue en la choſe dont l'acheteur a été depuis évincé, & il ne peut rien retenir pour cela du prix de cette choſe qu'il n'a pas eu droit de

vendre, & dont il n'a pu faire jouir l'acheteur. Nonobſtant ces raiſons, Papinien, en la Loi *ex mille* 64, ff. *de evict.*, décide que dans cette eſpece je ne ſuis cenſé ſouffrir éviction que de la cinquieme partie de l'héritage qui m'a été vendu, & qu'en conſéquence l'action *de evictione* n'eſt ouverte que pour la cinquieme partie du prix : *Stipulatio duplæ*, dit-il, *pro parte quintâ non quartâ præſtabitur ; nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.* Cette raiſon que Papinien donne de ſa déciſion, en ſtyle laconique, ſuivant ſa coutume, a beſoin d'être développée. La perte de deux cens arpens que la riviere a cauſée, eſt une perte cauſée par un cas fortuit & une force majeure, qui par conſéquent ne peut tomber que ſur l'acheteur, aux riſques duquel eſt, depuis le contrat, la choſe vendue : le vendeur ne peut être tenu de cette perte, même pour le quart qui ne lui appartenoit pas dans ces deux cens arpens emportés par la riviere, & qui étoit ſujet à éviction : car pour qu'il y ait lieu à l'action *ex ſtipulatione*, il ne ſuffit pas que la choſe ait été ſujette à éviction, il faut que l'acheteur en ait été réellement évincé. Or le propriétaire du quart de la prairie qui a donné contre moi la demande en revendication, n'a pu par cette demande, & par la Sentence intervenue ſur icelle, m'évincer du quart qu'il avoit dans les deux cens arpens emportés par la riviere. Ce qui n'exiſte plus, ne pouvant pas être évincé, il ne m'a évincé que du quart dans les huit cens arpens ; & ce quart montant à deux cens arpens, n'eſt que la cinquieme partie de la prairie de mille arpens qui m'a été vendue : je n'ai donc ſouffert éviction que de la cinquieme partie, & par conſéquent je ne puis prétendre la reſtitution que de la cinquieme partie du prix. Cette queſtion ne contient rien d'oppoſé aux principes que nous avons établis, que le vendeur ne doit pas profiter de la détérioration & dépréciation de la choſe dont l'acheteur a ſouffert l'éviction, & qu'il ne doit pas pour cela retenir une partie du prix. Ces principes recevroient application, ſi la riviere avoit enſablé la prairie qui m'a été vendue ſans rien emporter. Quoique lors de l'éviction elle valût à peine la dixieme partie du prix pour lequel elle m'a été vendue, je n'en aurois pas moins le droit de répéter le quart du prix ; parce qu'en ce cas j'ai véritablement ſouffert éviction du quart de la choſe qui m'a été vendue, & que le vendeur n'ayant pu remplir pour ce quart l'obligation qu'il avoit contractée de m'en faire jouir, il n'eſt pas en droit de retenir le prix de ce quart ; mais il n'eſt pas contraire à nos principes qu'il profite indirectement dans l'eſpece de la Loi *ex mille* de ce que la riviere a emporté deux cens arpens ; parce que le quart que ſon copropriétaire avoit dans les mille arpens vendus, étant par cette perte réduit à un cinquieme de dits mille arpens, je ne puis plus être évincé que d'un cinquieme de la choſe qui m'a été vendue, ni par conſéquent avoir contre mon vendeur action que pour un cinquieme. Il profite en ce cas indirectement de cette perte, de même qu'il profiteroit indirectement de la perte du total de la prairie, ſi la riviere l'eût emportée en entier, en ce qu'il ne pourroit plus y avoir d'éviction de rien.

154. Cette déciſion a lieu lorſque le vendeur qui a vendu la choſe d'autrui, l'a vendue de bonne foi, croyant qu'elle lui appartenoit, ce qu'on doit toujours ſuppoſer tant que le contraire n'eſt pas juſtifié ; car le vendeur n'eſt pas préciſément tenu à tranſférer la propriété de la choſe à l'acheteur, mais

ſeulement à le défendre des évictions : *Venditor hactenùs tenetur ut emptori rem habere liceat, non etiam ut ejus faciat ;* L. 30, §. 1, ff. *act. empt. Qui vendidit neceſſe non habet fundum emptoris facere ;* L. 25, §. 1, ff. *de contr. empt.* C'eſt pourquoi le vendeur, quoiqu'il ait vendu la choſe d'autrui, n'a point manqué à ſon obligation, lorſque l'acheteur n'a ſouffert aucune éviction de cette choſe; & ſon obligation ſe trouve conſommée lorſque par l'extinction de la choſe, l'acheteur ceſſe d'en pouvoir être évincé.

Il n'en ſeroit pas de même dans le cas auquel le vendeur qui a vendu la prairie, comme une choſe à lui appartenante pour la totalité, auroit eu, lors du contrat, connoiſſance qu'elle ne lui appartenoit pas pour un quart : la perte des deux cens arpens cauſée par la riviere ne le déchargeroit pas de la reſtitution du quart entier du prix. On ne peut pas dire, comme dans le cas du vendeur de bonne foi, qu'il a rempli ſes obligations par rapport à ce qui a péri ; car dans ce cas-ci il a manqué à l'obligation que la bonne foi impoſe aux contractans dans le contrat de vente, en vendant comme à lui appartenant, ce qu'il ſçavoit ne lui pas appartenir : il naît de ce dol une action contre lui qui eſt ouverte avant que l'acheteur ſouffre éviction de la choſe ; *d.* L. 30, §. 1, ff. *de act. empt.*, & qui ne s'éteint pas par la perte de la choſe vendue, le vendeur ne devant pas profiter de ſon dol, & retenir le prix d'une choſe qu'il a vendue de mauvaiſe foi.

Seconde Espece.

155. Papinien, en la Loi *ex mille*, propoſe une autre queſtion. En retenant la même ſuppoſition d'une prairie de mille arpens qui m'a été vendue, & dont la riviere a emporté deux cens arpens, il demande ſi ayant depuis ſouffert éviction de tout ce qui m'en reſtoit, ſur la demande en revendication d'une perſonne qui étoit propriétaire, pour le total, de la prairie qui m'a été vendue, j'ai action pour le total ou ſeulement pour les quatre cinquiemes contre celui qui me l'a vendue de bonne foi. Il paroît que ſuivant le même raiſonnement qui a été employé pour décider la queſtion précédente, je ne dois avoir action que pour les quatre cinquiemes & non pour le total; car les huit cens arpens qui reſtoient, & dont j'ai été évincé, ne ſont que les quatre cinquiemes des mille arpens qui m'ont été vendus, & non le total ; je n'ai pas pu être évincé de l'autre cinquieme que la riviere a emporté : la perte que j'ai ſoufferte ne peut être attribuée à aucune éviction, mais à une force majeure qui doit tomber ſur moi qui ſuis l'acheteur. Nonobſtant ces raiſons, Papinien décide que le vendeur eſt tenu en ce cas de l'éviction pour le total : *Si totus fundus quem flumen diminuerat evictus ſit jure, non diminuetur evictionis obligatio ; non magis quàm ſi fundus deterior factus ſit.* Dumoulin, *tract. de eo quod intereſt, n.* 111, 112, 113 & 114, ſouſcrit à cette déciſion auſſi-bien qu'à la précédente. La raiſon de différence qu'il apporte, eſt qu'étant par le propriétaire du total de l'héritage qui m'a été vendu, évincé de cet héritage pour tout ce qui en reſte, cette éviction ne peut paſſer que pour une éviction totale, qui doit par conſéquent obliger le vendeur *evictionis nomine* pour le total ; *Toto reſiduo, jure* TOTIUS, *evicto, verba ſtipulationis verificantur*

rificantur in toto, quia totum reſiduum eſt totus fundus, & totus evincitur ; d. n. 113. Si on oppoſe que les huit cents arpens qui me reſtent, & qui me ſont évincés ne ſont qu'une partie des mille qui m'ont été vendus, on répond que quoique lors du contrat ils ne fuſſent qu'une partie de la prairie qui m'a été vendue, ils en ſont devenus le total par la perte du ſurplus ; & c'eſt comme d'un *total*, & non comme d'une partie que j'en ſuis évincé. Au contraire, dans l'eſpece de la queſtion précédente, l'éviction que je ſouffre, eſt l'éviction d'une *part*, & par conſéquent ne peut donner lieu à l'action *de evictione* que pour une part ; *locus eſſe poteſt benignæ interpretationi in hoc caſu*, dit Caillet *ad h. l.* Quoique la part qu'avoit le demandeur, ait été lors du contrat, le quart de mille arpens qui m'ont été vendus, néanmoins cette part ayant été par la perte cauſée par la riviere, réduite a une quantité de deux cens arpens par indivis, qui ne fait plus que la cinquieme partie des mille qui m'ont été vendus, & en conſéquence l'éviction que je ſouffre ſe trouvant n'être plus effectivement que de la cinquieme partie, il ne doit y avoir lieu à l'action *de evictione* que pour une cinquieme partie ; *ex quo formula evictionis ſemel limitatur* ad partem, *neceſſe eſt ut limitetur ad partem realiter per evictionem ablatam. d. n.* 113.

La diſtinction que Papinien fait entre les deux eſpeces, me paroît renfermer plus de ſubtilité que de ſolidité. La même raiſon qui a fait décider dans la premiere eſpece de la Loi *ex mille*, que le vendeur ne doit point reſtituer le prix du quart que le demandeur avoit dans les deux cents arpens emportés par la riviere, me paroît devoir pareillement faire décider dans celle-ci qu'il ne doit pas reſtituer le prix de ces deux cents arpens : car dans l'une & l'autre eſpece la même raiſon de déciſion ſe rencontre ; ſçavoir, qu'on n'a pas pu évincer l'acheteur de ce qui n'exiſtoit plus, & qu'il n'y a lieu à l'action *de evictione* que pour ce dont il a été effectivement évincé : la raiſon de différence apportée par Dumoulin, a plus de ſubtilité que de ſolidité.

156. Quand même dans la ſeconde eſpece, la déciſion de Papinien devroit être ſuivie, elle ne pourroit l'être que dans le cas auquel celui qui m'a évincé des huit cents arpens qui me reſtoient, auroit été propriétaire des mille qui m'ont été vendus ; mais s'il n'étoit propriétaire que des huit cents qui me reſtoient, & qu'il ne le fût pas de la partie que le fleuve m'a enlevée, il ne peut être douteux en ce cas, que cette éviction ne peut paſſer pour une éviction totale de ce qui m'a été vendu, qui me donne action pour le total contre mon vendeur ; puiſque le demandeur qui m'a évincé n'ayant jamais été propriétaire de tout ce qui m'a été vendu, mais ſeulement d'une partie, quoiqu'elle ſoit la ſeule qui reſte, n'a pu m'évincer que *jure hujus partis & non jure totius*, comme dans l'eſpece précédente ; & par conſéquent le vendeur ne peut être tenu en ce cas de l'éviction qu'au prorata de cette partie, c'eſt-à-dire, pour les quatre cinquiemes ; *Molin. n.* 117.

157. Si on m'a vendu pour un ſeul & unique prix de dix mille livres, deux prairies ſéparées de la continence de cinq cents arpens chacune & d'égale bonté, dont l'une appartenoit à mon vendeur & l'autre à un tiers ; & qu'après que la riviere a emporté deux cents arpens de celle qui appartenoit à ce tiers, il m'ait évincé des trois cents arpens reſtans, il n'eſt pas douteux

qu'on doit en ce cas décider comme dans la premiere queſtion, & par les raiſons qui y ſont déduites, que ces trois cents arpens n'étant que les trois dixiemes de mille qui m'ont été vendus, le vendeur n'eſt tenu de l'éviction que pour les trois dixiemes du prix : mais ſi ces deux prairies ont été vendues pour des prix ſéparés; y ayant en ce cas deux ventes ſéparées, c'eſt une éviction totale de l'objet de l'une des deux ventes, & c'eſt le cas de la ſeconde queſtion ; *Molin. n.* 118.

Troisieme Espece.

158. Papinien, *d. l.* §. 1, propoſe une troiſieme queſtion. Il ſuppoſe que la prairie de mille arpens qui m'a été vendue, s'eſt, depuis le contrat, accrue par alluvion, & eſt aujourd'hui de douze cents arpens; le propriétaire d'une cinquieme portion par indivis de cette partie, me fait condamner à lui délaiſſer ſa cinquieme portion, qui, au moyen de l'alluvion, ſe trouve être de deux cents quarante arpens; il demande ſi le vendeur ſera en ce cas tenu *de evictione* ſeulement pour une cinquieme portion, ou s'il doit être tenu pour une plus grande portion; parce que les deux cents quarante arpens dont je ſuis évincé ſont plus que le cinquieme des mille arpens qui m'ont été vendus. Il décide que le vendeur n'eſt tenu que pour un cinquieme. La raiſon eſt que je ne ſuis effectivement évincé que de la cinquieme partie de mille arpens qui m'ont été vendus; les quarante arpens que je ſuis obligé de délaiſſer de plus, font partie de l'accroiſſement qui y eſt ſurvenu, plutôt que de ce qui m'a été vendu; or quant à ce qui concerne la ſtipulation *de evictione*, & l'obligation de la reſtitution du prix, le vendeur n'eſt tenu que de l'éviction de ce qu'il a vendu, & non pas de ce qui y eſt accru, *alluvionis periculum non præſtat venditor; d. l.* §. 1.

Obſervez que quoique cette déciſion de Papinien, & le principe ſur lequel il l'appuie; *alluvionis periculum non præſtat venditor*, ne tombent ſur l'action *ex ſtipulatione duplæ* dont il eſt traité en la Loi 64; on peut auſſi les appliquer au premier chef de l'action *ex empto* qui concerne la ſimple reſtitution du prix. Mais à l'égard du ſecond chef de cette action, qui a lieu contre le vendeur *in id quod ſuprà pretium pluris intereſt emptoris rem evictam non eſſe*, la perte que l'acheteur a faite de quarante arpens qui font partie de l'accroiſſement ſurvenu à l'héritage par alluvion, entre en conſidération, & on ne peut pas dire à cet égard que *periculum alluvionis non præſtat venditor;* car toute augmentation de la choſe entre en conſidération pour ces dommages & intérêts, comme nous l'avons vu ci-devant.

Quatrieme Espece.

159. Enfin Papinien, *d. l.* §. 2, propoſe une quatrieme queſtion. Il ſuppoſe que la riviere a emporté deux cents arpens de la prairie de mille arpens qui m'a été vendue; mais depuis elle y a fait d'un autre côté une alluvion de pareille quantité de deux cents arpens : depuis, ſur la demande en revendication d'une perſonne qui étoit propriétaire pour une cinquieme portion de cette prairie, j'ai ſouffert éviction de la cinquieme portion de cette prairie montante à deux cents arpens; Papinien demande ſi le vendeur en ce cas eſt tenu pour une cinquieme portion, ou pour une portion moindre ? Et il

décide conformément à ſes déciſions précédentes, qu'il n'eſt pas tenu pour une cinquieme portion, mais ſeulement au *prorata* de cent ſoixante arpens, parce que les quarante arpens qui ont été délaiſſés de plus, ne ſont pas tant partie des mille arpens vendus, que de l'accroiſſement par alluvion des deux cents arpens, *cujus alluvionis periculum non præſtat venditor*, comme il a dit en la queſtion précédente. Dumoulin, *n.* 116 & 117, ſouſcrit à cette déciſion, en obſervant néanmoins, comme nous l'avons remarqué ſur la queſtion précédente, que cette déciſion, de même que la précédente, ne tombe que ſur l'action *ex ſtipulatione duplæ*, & ſur le premier chef de l'action *ex empto*, qui ne concerne que la reſtitution du prix, & non ſur le ſecond qui renferme *quod ſuprà pretium emptoris intereſt.*

Cette diſtinction, entre les deux chefs de l'action *ex empto*, s'éclaircira par un exemple. Suppoſons que dans l'eſpece propoſée, la prairie de mille arpens a été vendue mille piſtoles, ce qui eſt à raiſon d'une piſtole par chaque arpent; l'acheteur, dans l'eſpece propoſée, ſera créancier de cent ſoixante piſtoles, en vertu du premier chef de l'action *ex empto* qui concerne la reſtitution du prix; parce que la reſtitution ne lui eſt due que du prix des cent ſoixante arpens qui ſont partie de ceux qui lui ont été vendus, & non des quarante autres qui ſont partie de l'alluvion. Quoique la valeur intrinſeque ou extrinſeque de ces héritages ſoit augmentée ou diminuée, c'eſt de cette ſomme de cent ſoixante piſtoles qu'il ſera créancier en vertu du premier chef de l'action *ex empto*, qui ne concerne que la reſtitution du prix; mais à l'égard du ſecond chef de l'action *ex empto*, qui concerne le *id quod ſuprà pretium, emptoris intereſt habere licere*, le total des deux cents arpens dont l'acheteur eſt évincé, entre en conſidération, tant ce qui fait partie de ce qui a été vendu, que ce qui fait partie de l'accroiſſement; c'eſt pourquoi ſi lors de l'éviction ces deux cents arpens ſont de valeur d'une ſomme plus grande que celle de cent ſoixante piſtoles, qui eſt due pour la reſtitution du prix, ce qu'ils valent de plus ſera dû à l'acheteur en vertu de ce ſecond chef de l'action *ex empto*: mais ſi la prairie avoit été tellement détériorée, que lors de l'éviction les deux cents arpens ne valuſſent pas plus, ou même qu'ils valuſſent moins que les cent ſoixante piſtoles, l'acheteur ne pourroit prétendre rien davantage.

160. Papinien, dans l'eſpece que nous venons de propoſer, a ſuppoſé que l'alluvion des deux cents arpens s'eſt faite d'un autre côté de l'héritage: la même déciſion auroit-elle lieu, ſi l'alluvion s'étoit faite du même côté d'où les deux cents arpens avoient été précédemment enlevés? Cujas *in Papin. ſur ce* §. incline à décider en ce cas que le vendeur devroit être tenu pour la cinquieme portion, & que les deux cents arpens d'alluvion doivent en ce cas être conſidérés comme les mêmes que la riviere m'avoit enlevés & qu'elle eſt cenſée en ce cas m'avoir reſtitués. Mais Dumoulin, *n.* 119, décide avec raiſon qu'il faut ſuivre la même déciſion, pourvu que cet accroiſſemeмt ſe ſoit fait *ex intervallo* & non *in continenti* après que les deux cents arpens ont été emmenés par le fleuve; car cet accroiſſement que l'alluvion qui s'eſt faite *ex intervallo* a formé, eſt un nouvel arcroiſſement qui ne peut pas paroître formé de ce que la riviere avoit enlevé.

Cinquieme Espece.

161. On m'a vendu la ſeigneurie utile d'une maiſon dont il ne reſtoit plus que trente années de jouiſſance ; elle n'appartenoit pas au vendeur ; & après que j'en ai joui vingt-cinq ans, j'en ai été évincé par celui à qui elle appartenoit, à qui j'ai été obligé de la délaiſſer, ſans aucune reſtitution de fruits, puis-je répéter de mon vendeur le total du prix pour lequel elle m'a été vendue ? La raiſon de douter ſe tire de nos principes, que l'on ne conſidere l'état auquel ſe trouve la choſe évincée, que par rapport au ſecond objet de l'action *ex empto*, qui eſt le *quod intereſt emptoris ;* mais que quant au premier objet, qui eſt la reſtitution du prix, on n'y a aucun égard, & que, quelque détériorée & dépréciée que ſe trouve la choſe dont l'acheteur eſt évincé, l'obligation du vendeur, quant à ce premier objet, n'en eſt pas diminuée : *non diminuetur evictionis obligatio, ſi fundus aut ſervus traditus deterior factus ſit ;* L. 64, ff. *de evict.* Il faut néanmoins décider au contraire que le vendeur, dans cette eſpece, ne doit rendre le prix, qu'à proportion du temps qui reſtoit à expirer de cette ſeigneurie utile lors de l'éviction.

Il eſt vrai que lorſque toute la choſe qui a été vendue eſt évincée, quelque détériorée & quelque dépréciée qu'elle ſoit, le vendeur eſt tenu à la reſtitution du total du prix, parce qu'il n'a rempli en aucune partie ſon obligation. Par exemple, ſi l'on m'a vendu un héritage dont je ſuis évincé ; quoiqu'ayant été, depuis le contrat, enſablé en entier par une inondation, il ne vaille pas la dixieme partie du prix qu'il a été vendu, le vendeur ne laiſſera pas d'être obligé de me rendre le total du prix. Mais dans notre eſpece, la choſe qui m'a été vendue, étant un être ſucceſſif conſiſtant dans une certaine meſure de temps de jouiſſance ; ſçavoir, dans une jouiſſance de trente années, la jouiſſance des cinq dernieres années dont je ſuis évincé n'eſt pas toute la choſe qui m'a été vendue ; elle n'en eſt que la ſixieme partie ; ce n'eſt que pour cette ſixieme partie que le vendeur manque à ſon obligation de me faire jouir ; il l'a remplie pour le ſurplus, *præſtitit mihi habere licere* : il ne doit donc être tenu de cette éviction que pour la ſixieme partie du prix, autrement j'aurois & la choſe & le prix tout-à-la-fois.

Obſervez que ſi la ſeigneurie utile, dont je ſuis évincé pour les cinq ans qui ſont à expirer, ſe trouve par l'augmentation intrinſeque ou extrinſeque ſurvenue dans l'héritage, être de plus grande valeur que le ſixieme du prix pour lequel elle m'a été vendue, le vendeur *ex ſecundo capite actionis ex empto*, eſt tenu envers moi de ce qu'elle vaut de plus.

162. Ce que nous avons décidé pour une ſeigneurie utile, reçoit application à l'égard d'un droit d'uſufruit. Si à l'âge de trente ans j'ai acheté le droit d'uſufruit d'un héritage, & qu'après en avoir joui cinquante années, j'en ſois évincé à l'âge de quatre-vingts ans, il eſt certain que ce droit d'uſufruit dont je ſuis évincé, n'eſt qu'une petite partie du droit qui m'a été vendu, & que cette éviction ne doit pas donner lieu à la reſtitution du total du prix, mais on doit eſtimer ce qu'il vaut pour le temps incertain qui me reſte à vivre ; ou bien condamner le vendeur à me faire, pendant le temps qui me reſte à vivre, une rente viagere d'égale valeur au revenu de l'héritage.

Si le revenu de ce droit d'uſufruit étoit diminué depuis le contrat, la rente viagere en laquelle on condamneroit le vendeur pour me tenir lieu de la reſtitution du prix du reſtant du droit d'uſufruit dont je ſuis évincé, ne doit pas ſeulement être de la valeur préſente du revenu, mais de la valeur de ce revenu au temps du contrat; car le vendeur doit rendre le prix que la choſe évincée valoit au temps du contrat, & pour lequel elle a été vendue, quoiqu'elle ſe trouve diminuée de valeur au temps de l'éviction.

Au contraire ſi le revenu étoit augmenté depuis le contrat, la rente viagere devroit être d'égale valeur au revenu préſent, en conſéquence de la ſeconde obligation par laquelle le vendeur eſt tenu, en cas d'éviction, envers l'acheteur, *in id omne quod ſuprà pretium emptoris intereſt habere licere.*

Sixieme Espece.

163. Un Maître par ſon teſtament a légué à ſes Negres la liberté, s'ils parvenoient à l'âge de 70 ans; l'héritier m'a vendu un de ces Negres âgé pour lors de quarante ans, ſans m'avertir de cette diſpoſition teſtamentaire qui n'eſt venue à ſa connoiſſance que depuis : trente ans après cet eſclave réclame la liberté qui lui a été léguée; c'eſt une éviction que je ſouffre dont mon vendeur m'eſt garant. Doit-on décider comme dans les eſpeces précédentes, qu'il n'eſt tenu de la reſtitution du prix qu'au prorata de ce à quoi on peut eſtimer le reſte du temps de la vie de ce Negre? Il ſemble d'abord qu'on doit décider au contraire qu'il eſt tenu de la reſtitution du prix pour le total, & que cette eſpece eſt très-différente des précédentes; car dans cette eſpece la choſe vendue n'eſt pas comme dans les eſpeces précédentes, un être moral, ſucceſſif & diviſible qui conſiſte dans une meſure d'un certain temps de jouiſſance. Le Negre qui m'a été vendu eſt un être phyſique & indiviſible; on ne peut pas dire que ce Negre ſeptuagénaire qui m'a été évincé, ne fût qu'une partie du Negre qui m'a été vendu; ce Negre devenu ſeptuagénaire eſt en entier le même qui m'a été vendu lorſqu'il n'avoit que quarante ans; par conſéquent on ne peut pas diſconvenir que j'ai ſouffert éviction de toute la choſe qui m'a été vendue; d'où on doit conclure que le vendeur eſt tenu à la reſtitution du prix pour le total. Nonobſtant ces raiſons, Dumoulin décide fort bien que le vendeur n'eſt tenu en ce cas, de la reſtitution du prix, qu'au prorata de ce qu'on eſtimera le temps incertain du reſte de la vie de ce Negre. La raiſon eſt que quoiqu'un homme ſoit en ſoi un être indiviſible, néanmoins c'eſt une eſpece de bien dont la durée n'eſt pas perpétuelle & ſans bornes, comme celle d'un fonds de terre ou d'une maiſon, mais qui a une durée bornée, qui eſt celle de ſa vie; & c'eſt ſur cette durée que s'en regle le prix. C'eſt pourquoi dans la vente d'un eſclave, de même que dans la vente d'une emphytéoſe ou d'un uſufruit, le prix de la vente eſt le prix d'un temps borné de poſſeſſion & de jouiſſance de cet eſclave, auquel on a évalué le temps vraiſemblable de ſa vie; & lorſque j'en ſuis évincé après trente ans de poſſeſſion & de jouiſſance, mon vendeur a rempli, pour la plus grande partie, l'obligation qu'il a contractée envers moi, *præſtare eum mihi habere licere;* il ne manque à cette obligation que pour le peu de temps qui reſtoit de la vie de cet eſclave, & par conſéquent il n'eſt tenu de la reſtitution du prix qu'au prorata de ce temps. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, *n.* 128, *in*

ſervo vendito, ex naturâ rei quæ tempore finitur, conſtat non minùs durationem vitæ veriſimiliter conſideratam & appretiatam, quàm in venditione uſusfructûs vel emphyteoſis temporalis; uterque ergo caſus, temporis commenſurationem & appretiationem recipit: & plus haut, *n.* 127, il dit, *cùm non venderetur res perpetuò durabilis, certum eſſe non eſſe actum ut habere liceret perpetuò, ſed ad tempus vitæ quod veriſimiliter prævisum & æſtimatum fuit, & ad veriſimilem durationem majus vel minus definitum pretium..... cùm ergo toto ferè tempore vitæ prævisæ fruitus ſit emptor, nec per evictionem abſit niſi modicum & ferè inutile tempus, non poteſt totum pretium repetere.* En cela ces choſes ſont très-différentes des fonds de terre; car dans la vente d'un fonds de terre, la durée devant être perpétuelle, elle n'entre pas en conſidération pour en régler le prix; & lorſque l'acheteur en eſt évincé, quelque temps qu'il en ait joui avant l'éviction, ce temps ne peut rien diminuer de la totalité du prix que le vendeur lui doit reſtituer; ce temps, quelque long qu'il ait été, n'étant qu'un infiniment petit par rapport à la perpétuité de durée de poſſeſſion que le vendeur étoit obligé de lui faire avoir, & dont l'éviction le prive.

Ajoutez encore une autre raiſon de différence que rapporte Dumoulin, *n.* 129: c'eſt qu'à l'égard des fonds de terre, ſi l'acheteur a joui de la choſe pendant quelque temps avant l'éviction, il a été en récompenſe privé de l'intérêt & revenu du prix qu'il a payé, dont le vendeur a joui en ſa place, lequel intérêt égale ou même ſurpaſſe ordinairement le revenu de l'héritage vendu; au-lieu qu'à l'égard des choſes de courte durée, les revenus excédant ordinairement de beaucoup l'intérêt du prix, l'acheteur qui a joui de la choſe, profiteroit aux dépens du vendeur ſi on lui rendoit tout le prix.

164. Notre déciſion, à l'égard des choſes d'une durée bornée, a lieu, non-ſeulement dans le cas où le vendeur en étoit propriétaire, & en a transféré à l'acheteur une propriété qui a duré juſqu'au temps de l'ouverture de la condition qui a donné lieu à l'éviction, mais même dans le cas auquel il auroit vendu une choſe qui ne lui appartenoit pas du tout; en l'un & l'autre cas, il doit être déchargé de la reſtitution du prix à proportion du temps de la poſſeſſion & jouiſſance qu'en a eu l'acheteur. Car quoique le vendeur ne fût pas, lors du contrat, propriétaire de la choſe qu'il vendoit; en ſa qualité de poſſeſſeur de cette choſe, il en avoit les droits vis-à-vis de toute perſonne qui n'étoit pas le véritable propriétaire; il avoit droit d'en jouir juſqu'à l'éviction, s'il ne l'eût pas vendue; c'eſt une choſe étrangere à l'acheteur, que le vendeur ait été propriétaire ou non; il ſuffit pour qu'il lui doive le prix de la jouiſſance qu'il a eue, que le vendeur lui ait fait avoir cette jouiſſance; Molin. *n.* 130 & 131.

ARTICLE VI.

Des exceptions de garantie qui naiſſent de l'obligation de garantie.

165. L'obligation de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur, donne à l'acheteur contre lui & contre ſes héritiers qui ſuccedent à cette obligation, non-ſeulement une action, mais auſſi une exception, ſuivant cette maxime que celui qui a une action, doit avoir à plus forte raiſon une excep-

tion : *Cui damus actiones, eidem & exceptiones competere multò magis quis dixerit ;* L. 156, §. 1, ff. *de R. J.*

Il y a lieu à cette exception lorſque celui qui m'a vendu une choſe qui ne lui appartenoit pas, & qui depuis par droit de ſucceſſion ou autrement en eſt devenu le propriétaire, forme contre moi la demande en revendication de cette choſe. Sa demande procede contre moi, puiſqu'il en eſt le propriétaire & non pas moi, n'ayant pu, par la tradition qu'il m'en a faite, m'en transférer la propriété qu'il n'avoit pas encore : mais comme en me vendant cette choſe, il a contracté envers moi l'obligation de me la garantir, c'eſt-à-dire, de me la faire avoir, & de me défendre de tous troubles en la poſſeſſion de cette choſe, il naît de cette obligation qu'il a contractée envers moi, une exception qui exclut ſa demande ; car ſon obligation de me faire avoir la choſe qu'il m'a vendue, réſiſte manifeſtement à la demande qu'il me fait de la lui délaiſſer ; ſon obligation de faire ceſſer tous les troubles qui pourroient m'être faits par rapport à cette choſe, l'oblige à faire ceſſer celui qu'il me fait lui-même par la demande qu'il a intentée contre moi ; & puiſqu'il ſeroit ſujet à l'action de garantie, ſi tout autre agiſſoit contre moi, il doit être exclus de pouvoir former lui-même aucune demande contre moi. C'eſt ce que ſignifie cette maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

166. Par la même raiſon, ſi vous m'avez vendu une choſe & que vous m'en ayez mis en poſſeſſion avant d'en être le propriétaire, & qu'après en être devenu propriétaire, vous l'ayez vendu à un ſecond acheteur, qui la revendique contre moi, je lui oppoſerai l'exception de garantie dont vous êtes tenu envers moi ; car quoique vous fuſſiez propriétaire de la choſe que vous m'avez vendue & livrée, lorſque vous l'avez vendue à ce ſecond acheteur, vous n'avez pas pu lui en transférer la propriété ; la propriété ne pouvant ſe transférer que par la tradition de la choſe que vous ne pouviez pas lui faire, n'en étant pas le poſſeſſeur, *infrà, Part. 5* ; vous n'avez pu que ſubroger en votre action de revendication pour l'exercer, *tanquam tuus procurator in rem ſuam ;* mais vous n'avez pas pu par cette ſubrogation, lui accorder plus de droit que vous n'en aviez vous-même. Cette action que vous aviez lui eſt inutile ; car elle ne ſubſiſte que *ſolâ ſubtilitate juris*, l'exception de garantie que j'y puis oppoſer la rend inefficace.

167. Cette exception de garantie qui naît de l'obligation de garantie, a lieu pareillement contre les héritiers du vendeur, quoiqu'ils ſoient propriétaires de leur chef ; car ils ſuccedent à cette obligation de garantie comme à tous les autres droits & obligations du défunt. C'eſt pourquoi, ſi celui qui eſt le vrai propriétaire de la choſe qui m'a été vendue par celui à qui elle n'appartenoit pas, ou qui a quelque hypotheque ou quelqu'autre droit ſur cette choſe, devient par la ſuite héritier de celui qui me l'a vendue, il ne ſera plus recevable à former contre moi aucune action de revendication, ni aucune action hypothécaire ou autre action pour me faire délaiſſer l'héritage, pour raiſon de laquelle j'euſſe pu avoir recours de garantie contre mon vendeur ; car étant devenu lui-même héritier de mon vendeur, & en cette qualité, tenu du recours de garantie que j'ai droit d'exercer, il ne peut pas intenter de ſon chef des actions contre moi, qu'il eſt obligé de faire ceſſer en ſa qualité d'héritier, ſuivant

la regle ci-deſſus alléguée : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

168. Cette exception a lieu, même à l'égard de l'héritage d'un mineur, que ſon tuteur auroit vendu comme appartenant à lui tuteur, ou auroit vendu avec promeſſe de faire ratifier le mineur. Si ce mineur devient héritier de ce tuteur qui l'a vendu, l'exception de garantie pourra lui être oppoſée, & l'empêchera de pouvoir revendiquer ſon héritage. Cette déciſion n'eſt point contraire à la loi qui défend l'aliénation des héritages des mineurs; car ſi le mineur ne peut revendiquer cet héritage, ce n'eſt pas que l'héritage ait été valablement aliéné, mais parce qu'il eſt devenu l'héritier de celui qui l'a vendu.

169. Il ſemble qu'on devroit décider par la même raiſon, qu'un ſubſtitué ne pourroit après l'ouverture de la ſubſtitution, répéter contre un tiers les biens compris en la ſubſtitution, s'il ſe trouvoit être héritier du grevé qui les a vendus à ce tiers. Néanmoins, la nouvelle Ordonnance des Subſtitutions, *t.* 2, *art.* 31, décide qu'il le peut en rendant le prix de la vente.

La raiſon eſt que l'Ordonnance dont le but principal a été d'aſſurer l'effet des ſubſtitutions, & de faire paſſer les biens compris dans les ſubſtitutions, à ceux qui y ſont appellés, pour aſſurer cet effet, a voulu par cette diſpoſition que les grevés de ſubſtitution ne puſſent, en vendant, s'obliger à la garantie de la ſubſtitution, de peur que cette obligation de garantie qu'ils contracteroient, & qui paſſeroit à leurs héritiers, qui ſe trouvent ſouvent être les mêmes perſonnes qui ſont appellées à la ſubſtitution, ne pût à cet égard former aucun obſtacle à l'exécution de la ſubſtitution. En cela l'Ordonnance ne fait pas de tort à l'acheteur, parce que l'inſinuation de la ſubſtitution la rendant publique, il a dû connoître que l'héritage étoit grevé de ſubſtitution, & il doit s'imputer de l'avoir acheté.

170. Ce que l'Ordonnance a décidé pour la vente d'un héritage ſubſtitué étant un droit ſingulier, doit, ſuivant la maxime qui a lieu pour tout ce qui eſt de droit ſingulier, être renfermé dans ſon cas, & par conſéquent ne peut être étendu à la vente de l'héritage du mineur, qui eſt devenu par la ſuite héritier du vendeur. D'ailleurs il y a une grande différence entre les deux cas : celui qui a acheté une choſe chargée de ſubſtitution, ſçait ou doit ſçavoir la ſubſtitution qui eſt publique par l'inſinuation; mais celui à qui un tuteur vend comme à lui appartenant la choſe de ſon mineur, ne peut ſçavoir que cette choſe appartient au mineur; c'eſt pourquoi il ne ſeroit pas juſte que le vendeur ne fût pas obligé envers lui à la garantie.

171. De ce que la nouvelle Ordonnance décide que le ſubſtitué peut, en offrant le prix, répéter les héritages ſubſtitués, quoiqu'il ſoit héritier de celui qui les a vendus, en doit-on tirer cette regle générale, que l'Ordonnance ne permet pas que le vendeur puiſſe s'obliger à la garantie de la ſubſtitution envers l'acheteur, quand même il l'auroit ſtipulé? Il me ſemble que l'Ordonnance ſuppoſe cette regle; car ſi la vente d'un bien ſubſtitué obligeoit le vendeur à la garantie, cette obligation de garantie paſſeroit néceſſairement à ſon héritier, puiſqu'un héritier n'eſt autre choſe que le ſucceſſeur aux droits & obligations d'un défunt : le ſubſtitué devenu héritier du vendeur, deviendroit donc obligé à la garantie du bien vendu, & ne pourroit par conſéquent en demander le délais;

délais; puiſqu'il répugne qu'une perſonne puiſſe me demander le délais d'une choſe dans la poſſeſſion de laquelle il eſt obligé de me maintenir.

172. Le droit que l'Ordonnance a établi ſur ce point, étant un droit nouveau, il ne doit pas avoir lieu pour les ventes contractées avant l'Ordonnance; & il y a lieu de penſer que dans ce cas le ſubſtitué, devenu héritier du vendeur du bien ſubſtitué, ne ſeroit pas recevable, ainſi que le permet l'Ordonnance, à en demander le délais en offrant la reſtitution du prix; car l'obligation de garantie ayant été valablement contractée par le vendeur avant l'Ordonnance, elle paſſe néceſſairement à ſon héritier, & exclut auſſi néceſſairement l'action qu'il pourroit intenter en ſa qualité de ſubſtitué.

173. Celui qui n'eſt qu'héritier en partie du vendeur, peut-il être exclus en entier de ſa demande pour faire délaiſſer l'héritage par l'exception de garantie qui lui eſt oppoſée? Il ſembleroit d'abord, ſuivant les principes que nous avons établis ci-deſſus, qu'il devroit être déclaré non-recevable dans ſa demande pour le total; puiſque l'obligation de défendre étant indiviſible, *ſuprà*, *n.* 104, il eſt obligé de l'en défendre pour le total. Néanmoins la Loi 14, *Cod. de R. vend.*, décide en termes formels, que l'héritier du vendeur qui eſt de ſon chef propriétaire de la choſe vendue, n'eſt exclus de ſa demande en revendication, que pour la part pour laquelle il eſt héritier du vendeur. Il eſt vrai que cette Loi eſt dans l'eſpece d'un acheteur qui avoit eu connoiſſance lors du contrat que la choſe vendue n'appartenoit pas à ſon vendeur; mais cette circonſtance eſt indifférente pour la déciſion : car l'obligation qu'a contractée le vendeur de défendre l'acheteur de tous troubles, n'en eſt pas moins l'obligation d'un fait indiviſible dont chaque héritier du vendeur eſt tenu pour le total; ſoit que l'acheteur ait ſçu, ſoit qu'il ait ignoré que la choſe n'appartenoit pas au vendeur. Il faut donc décider indiſtinctement, ſuivant cette Loi 14, que nonobſtant les raiſons de douter ci-deſſus propoſées, l'héritier du vendeur qui ne l'eſt que pour partie, n'eſt exclus que pour la part dont il eſt héritier, des actions qu'il a de ſon chef, pour faire délaiſſer à l'acheteur la choſe vendue. La raiſon eſt que l'obligation du vendeur *præſtandi emptori rem habere licere*, étant, lorſque la choſe vendue eſt diviſible, une obligation diviſible, chaque héritier du vendeur n'étant par conſéquent débiteur de la choſe vendue que pour ſa part héréditaire, cet héritier pour partie remplit entiérement ſon obligation en laiſſant à l'acheteur cette choſe, pour la part pour laquelle il eſt héritier, & en ne donnant la revendication que pour le ſurplus. Si le vendeur fût mort avant que d'avoir fait à l'acheteur la tradition de la choſe vendue, l'acheteur ne pourroit la demander à chacun des héritiers que pour la part pour laquelle il eſt héritier; le vendeur en exécutant ſon obligation par la tradition qu'il a faite, n'a pas dû rendre la condition de ſes héritiers pire qu'elle auroit été s'il ne l'eût aucunement exécutée. Quant à l'objection tirée de l'obligation de défendre qui eſt indiviſible, la réponſe eſt que cette obligation de défendre, comme il a été remarqué en ſon lieu, n'eſt pas une obligation préciſe & abſolue, mais une obligation dont chaque héritier du vendeur, quoiqu'il en ſoit tenu pour le total à cauſe de l'indiviſibilité de la défenſe, peut néanmoins ſe décharger en ſatisfaiſant autant qu'il eſt en lui, pour la part dont il eſt héritier, à l'obligation principale, *præſtare emptori rem habere licere*. C'eſt ſur ce principe que l'héritier en

partie, aſſigné en garantie par l'acheteur pour le défendre contre la demande d'un tiers, pour ſe décharger de l'obligation de le défendre, en offrant pour ſa part les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation *præſtandi emptori rem habere licere.* Par la même raiſon, lorſque l'héritier du vendeur qui ne l'eſt que pour partie, & qui eſt de ſon chef propriétaire de la choſe vendue, a ſatisfait pleinement pour la part pour laquelle il eſt héritier à ſon obligation, *præſtandi rem habere licere*, en lui laiſſant la choſe pour la part dont il lui en eſt débiteur, c'eſt-à-dire, pour laquelle il eſt héritier du vendeur, il eſt dès-lors déchargé de ſon obligation de le défendre contre la demande en revendication qu'il forme de ſon chef pour le ſurplus, & il ne doit pas par conſéquent y être déclaré non-recevable pour le ſurplus. L'obligation de défendre l'acheteur eſt ſubordonnée à l'obligation, *præſtare ei rem habere licere*; elle ceſſe par conſéquent dans celui qui remplit celle-ci.

Obſervez néanmoins qu'il eſt au choix de l'acheteur, ou de retenir la portion de la choſe vendue, que le propriétaire comme héritier pour cette portion du vendeur ne peut revendiquer; ou de lui délaiſſer cette choſe pour le total ſur ſon action de revendication, en le faiſant condamner à lui payer pour la part dont il eſt héritier, les dommages & intérêts réſultans de l'éviction; car n'ayant pas acheté la choſe pour en avoir ſeulement une partie, il ne peut être obligé à la retenir ſeulement pour partie. Tout ceci eſt la doctrine de Dumoulin, *Tr. de div. & ind. p.* 2, *n.* 499, 500, 501. Henrys, *t.* 1, 4, 31, dit que l'héritier en partie doit être admis de ſon chef à la revendication du total, en offrant les dommages & intérêts pour la part dont il eſt héritier. Cette opinion eſt contraire aux principes.

174. Il en eſt autrement de l'héritier bénéficiaire. L'exception de la garantie dont il eſt tenu en cette qualité, ne peut pas exclure les actions qu'il a de ſon chef; l'acheteur peut ſeulement obtenir contre lui, en ſa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation de dommages & intérêts, qu'il exécutera ſur les biens de la ſucceſſion. La raiſon s'en tire des principes ſur la matiere des héritiers bénéficiaires. Un héritier bénéficiaire n'eſt point tenu des dettes & obligations du défunt *ſur ſes propres biens*, mais ſeulement ſur ceux de la ſucceſſion bénéficiaire. L'obligation de garantie, qui eſt une dette de la ſucceſſion, ne peut donc l'exclure des actions qu'il a de ſon chef & qui ſont de ſon *propre bien.*

175. L'exception de garantie peut être oppoſée, non-ſeulement aux héritiers du vendeur, mais à tous ceux qui ſuccedent ou participent à ſes obligations. Par exemple, on peut l'oppoſer au légataire univerſel ou donataire univerſel, ſoit du total, ſoit d'une partie des biens du vendeur, contre les actions que ce légataire ou donataire univerſel intenteroit de ſon chef. Mais comme ces perſonnes ne ſont tenues des dettes que juſqu'à concurrence des biens compris dans le legs ou don univerſel, elles peuvent faire ceſſer cette exception en offrant d'abandonner & de céder ces biens. Au reſte, elles n'ont pas le même droit que l'héritier bénéficiaire, elles ne peuvent faire ceſſer cette exception qu'en abandonnant; car les donataires & légataires univerſels n'ont pas le droit qu'a un héritier bénéficiaire de n'être pas tenu des dettes de la ſucceſſion ſur ſes propres biens; ils n'ont que celui de pouvoir s'en décharger en abandonnant les biens compris au don ou legs univerſel, n'en étant tenus que juſqu'à cette concurrence.

176. L'exception de garantie peut pareillement être oppoſée aux cautions du vendeur, contre les actions qu'elles auroient droit d'intenter de leur chef contre moi, pour me faire délaiſſer la choſe vendue; L. 11, *Cod. de evict.* Deſpeiſſes, *p.* 1, 7, 55, dit que cette déciſion a lieu ſeulement dans le cas auquel la caution étoit, dès le temps de ſon cautionnement, propriétaire de la choſe, parce qu'en ſe rendant caution de la vente de cette choſe, elle a renoncé au droit qu'elle avoit de la revendiquer; mais qu'elle ne doit pas être excluſe de ſa demande, lorſqu'elle n'eſt devenue propriétaire de la choſe que depuis ſon cautionnement; parce qu'elle ne peut être cenſée avoir renoncé à un droit qu'elle n'avoit pas encore. Cette diſtinction ne vaut rien: l'exception de garantie naît de l'obligation de garantie que la caution a contractée en accédant à celle du vendeur. Cette obligation conſiſte à défendre l'acheteur de toutes demandes tendantes à éviction, & par conſéquent à le défendre de la demande que la caution auroit droit d'intenter contre lui, ce qui la rend non-recevable à l'intenter, ſoit qu'elle en eût le droit lors du cautionnement, ſoit qu'elle ne l'ait acquis que depuis; étant une choſe qui implique contradiction qu'elle puiſſe être reçue à former de ſon chef une demande qu'elle eſt, en ſa qualité de caution, obligée de faire ceſſer.

177. La caution à qui j'oppoſe l'exception de garantie, pourroit-elle m'oppoſer qu'en qualité de caution, elle n'eſt tenue de l'obligation de garantie que ſubſidiairement au vendeur qui en eſt le principal débiteur; qu'elle a le bénéfice de diſcuſſion, & que je dois me pourvoir contre le vendeur, avant que je puiſſe lui oppoſer l'exception de garantie? Non; car la caution ne peut oppoſer l'exception de diſcuſſion, que lorſque le débiteur principal peut acquitter la dette. Mais dans l'eſpece propoſée, l'obligation de garantie dont le vendeur eſt le débiteur principal, & à laquelle la caution a accédé, n'étant autre choſe que celle de me défendre, & de faire ceſſer toutes les actions qu'on pourroit donner contre moi pour me faire délaiſſer la choſe qui m'a été vendue, c'eſt une obligation qui ne peut être, dans l'eſpece propoſée, acquittée par mon vendeur qui en eſt le débiteur principal, & qui ne peut l'être que par la caution; puiſqu'il n'y a qu'elle qui peut faire ceſſer l'action qu'elle intente de ſon chef contre moi en abandonnant cette action.

On oppoſera que s'il n'eſt pas au pouvoir de mon vendeur d'acquitter l'obligation primitive, il eſt en ſon pouvoir d'acquitter l'obligation ſecondaire qui conſiſte à me payer les dommages & intérêts qui réſulteront de l'éviction; & que tant qu'il eſt en ſon pouvoir de l'acquitter, je ne puis pas me pourvoir contre la caution. La réponſe eſt que l'obligation primitive de la garantie ne doit être convertie en l'obligation ſecondaire des dommages & intérêts, que dans le cas auquel elle ne pourroit être acquittée par tous ceux qui en ſont tenus: que cette obligation primitive, dont la caution eſt tenue, pouvant être acquittée par la caution, en la faiſant déclarer non-recevable dans la demande qu'elle a donnée de ſon chef, on doit l'y déclarer non-recevable, plutôt que de convertir l'obligation primitive de la garantie, en l'obligation ſecondaire des dommages & intérets.

178. L'obligation de garantie que la caution contracte en ſe rendant caution pour le vendeur, paſſe aux héritiers & autres ſucceſſeurs univerſels de cette

caution ; & par conſéquent l'exception de garantie peut leur être oppoſée contre les actions qu'ils auroient de leur chef contre l'acheteur, pour lui faire délaiſſer la choſe qui lui a été vendue.

La Loi 31, *Cod. de evict.*, ſemble dire le contraire. Il y eſt dit : *Heredem fidejuſſoris rerum pro quibus defunctus apud emptorem interceſſerat pro venditore, factum ejus cui ſucceſſit, ex ſuâ perſonâ dominium vendicare non impedit, ſcilicet evictionis cauſâ durante actione.* Mais Cujas, par l'explication qu'il donne de cette Loi, fait diſparoître la difficulté. Cette Loi dit bien que l'obligation de garantie à laquelle a ſuccédé l'héritier de la caution, n'empêche pas qu'il n'exerce l'action qu'il a de ſon chef contre l'acheteur, pour lui faire délaiſſer l'héritage, lorſque cet acheteur n'oppoſe pas l'exception de garantie : mais elle ne nie pas que l'acheteur pouvoit de ſa part oppoſer contre cette action, l'exception qui réſulte de l'obligation de garantie. Il faut ſuppoſer dans l'eſpece de cette Loi que l'acheteur qui pouvoit oppoſer cette exception, dans le fait, ne l'a pas oppoſée, & s'eſt laiſſé condamner à délaiſſer l'héritage. La queſtion de la Loi eſt de ſçavoir, ſi l'acheteur a dans ce cas l'action *de evictione* contre cet héritier ? La raiſon de douter eſt qu'il n'y a pas lieu à cette action, lorſque l'acheteur a pu éviter l'éviction, comme il le pouvoit en ce cas, en oppoſant l'exception de garantie ; mais la Loi décide que cet héritier étant celui qui l'a évincé, n'eſt pas recevable à oppoſer à cet acheteur qu'il auroit pu éviter l'éviction, & qu'en conſéquence cet acheteur doit avoir contre lui l'action *de evictione* : c'eſt le ſens de ces derniers termes de la Loi, *ſcilicet evictionis cauſâ durante actione.*

Faute de ſçavoir cette ſolution, Deſpeiſſes, *loco citato*, a eu recours à une diſtinction inſoutenable, en diſant que l'héritier du vendeur eſt ſujet à l'exception de garantie, parce que le vendeur s'oblige *præſtare emptori rem habere licere ;* mais que l'héritier de la caution n'y étoit pas ſujet, parce que la caution ne s'oblige qu'*ad intereſſe :* comme s'il n'étoit pas de la nature du cautionnement, que la caution ſoit cenſée s'obliger à tout ce à quoi le débiteur principal s'oblige.

179. L'exception de garantie peut auſſi être oppoſée à la femme commune en biens, pour la moitié dont elle eſt tenue des dettes de la communauté ; & il y a lieu à cette exception, lorſqu'elle revendique ſon propre, qui a été vendu ſans ſon conſentement par ſon mari durant la communauté ; car ſa qualité de commune la fait participer à toutes les obligations contractées par ſon mari durant la communauté, & par conſéquent à l'obligation de la garantie de cet héritage, que ſon mari a contractée envers l'acheteur durant la communauté en le lui vendant. La femme comme commune étant donc tenue pour moitié de l'obligation de garantie, elle doit être excluſe pour moitié de la revendication de ſon héritage, à moins qu'elle n'offrît d'abandonner & de compter de tous les biens qu'elle a eus de la communauté, ſuivant le privilege qu'ont les femmes qui ont fait bon & loyal inventaire, de ſe décharger, de cette maniere, des dettes & obligations de la communauté, deſquelles elles ne ſont tenues que juſqu'à la concurrence de biens qu'elles en ont.

180. Pour que celui qui prétend le droit de propriété ou quelqu'autre droit dans la choſe qui m'a été vendue, puiſſe être déclaré non-recevable en la

demande qu'il a donnée contre moi, pour me la faire délaiſſer, il faut qu'il ſoit perſonnellement tenu de l'obligation de garantie. Il ne ſuffiroit pas qu'il fût détenteur de quelque héritage qui y fût hypothéqué. Ce n'eſt qu'à celui qui eſt perſonnellement obligé à la garantie, que j'ai droit de dire, vous êtes vous-même obligé à me défendre de l'action que vous intentez contre moi, & par conſéquent vous êtes non-recevable à l'intenter. Ce n'eſt qu'à ſon égard que s'applique la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Le droit d'hypotheque que j'ai ſur l'héritage dont eſt détenteur celui qui m'évince, ne conſiſtant que dans celui de me faire payer ſur le prix de cet héritage, des dommages & intérêts que me cauſe l'éviction, je n'ai droit de conclure à autre choſe contre lui, ſinon qu'en lui délaiſſant de ma part ſur ſa demande la choſe qui m'a été vendue, il ſoit de ſa part condamné à délaiſſer l'héritage hypothéqué à la garantie de cette choſe, pour être vendu à l'effet que je puiſſe être payé ſur le prix d'icelui de mes dommages & intérêts, ſi mieux il n'aime me payer leſdits dommages & intérêts.

Suivant ce principe, celui qui n'eſt héritier que pour partie de mon vendeur, quoiqu'il ſoit *biens-tenant ;* & la femme commune quoique détentrice de conquêts hypothéqués à ma garantie, ne doivent être que pour la part dont ils ſont perſonnellement tenus de la garantie, déclarés non-recevables dans l'action qu'ils ont droit de leur chef d'intenter contre moi pour me faire délaiſſer la choſe vendue ; & je dois être condamné à la leur délaiſſer pour le ſurplus, ſauf qu'ils doivent être de leur part condamnés à délaiſſer les biens hypothéqués à ma garantie, dont ils ſont détenteurs, à l'effet que je puiſſe être payé ſur le prix de mes dommages & intérêts, ſi mieux ils n'aiment me payer leſdits dommages & intérêts.

ARTICLE VII.

Des cas auxquels l'obligation de garantie n'a pas lieu, au moins quant à l'objet des dommages & intérêts que l'héritier a ſoufferts de l'éviction au-delà du prix qu'il a payé.

On peut diſtinguer trois différentes eſpeces de cas dans leſquels l'obligation de garantie n'a pas lieu, au moins quant à l'objet des dommages & intérêts que l'acheteur a ſoufferts de l'éviction au-delà du prix qu'il a payé.

La premiere eſpece eſt le cas de la dérogation à la garantie.

La ſeconde eſpece eſt un cas auquel il n'y a pas lieu à la garantie, ſi elle n'a pas été ſtipulée expreſſément.

La troiſieme eſt de ceux dans leſquels elle n'a pas lieu, quand même elle auroit été expreſſément ſtipulée.

§. I.

Premiere eſpece.

De la dérogation à la garantie.

181. Le droit commun des contrats de vente qui oblige le vendeur envers l'acheteur à la garantie de la choſe vendue, ne concernant qu'un intérêt par-

ticulier des acheteurs, il eſt permis aux parties de déroger à ce droit par des conventions particulieres : *Paciſci contra editum ædilium licet ;* L. 31, ff. *de pact.* L'obligation de garantie eſt bien de la nature du contrat de vente. Elle y eſt toujours ſous-entendue, quoiqu'elle n'y ſoit point exprimée : mais quoiqu'elle ſoit de la nature de ce contrat, elle n'eſt pas de ſon eſſence : il peut y avoir un contrat de vente ſans obligation de garantie, & elle peut par conſéquent être excluſe du contrat par une clauſe particuliere.

182. Les clauſes qui excluent la garantie peuvent être plus ou moins étendues.

Quelquefois on n'exclut la garantie que pour une ſeule eſpece d'éviction ; comme lorſque le vendeur déclare par le contrat, que l'héritage eſt ſujet à un droit de refus, à un droit de réméré, à une telle hypotheque, à une telle ſubſtitution, *&c.* Par telles & autres ſemblables clauſes, le vendeur n'eſt déchargé de la garantie que pour l'eſpece d'éviction déclarée au contrat ; mais il n'en eſt pas moins obligé à la garantie des évictions que l'acheteur pourroit ſouffrir pour toute autre cauſe.

183. Quelquefois la clauſe eſt plus étendue : telle eſt celle par laquelle le vendeur ſtipule qu'il ne ſera garant que de ſes faits ; car le vendeur eſt par cette clauſe déchargé de la garantie, quelque cauſe d'éviction qu'il ſurvienne, à moins qu'elle ne procédât du fait du vendeur, telle que ſeroit une demande hypothécaire formée par un créancier pour une hypotheque que le vendeur auroit contractée lui-même.

184. Si le vendeur avoit ſtipulé généralement qu'il ne ſeroit tenu d'aucune garantie, ſans excepter expreſſément les évictions qui procéderoient de ſon fait, la clauſe ne ſeroit pas pour cela plus étendue, ni différente de la précédente, & l'exception ſeroit facilement ſous-entendue ; car il ſeroit contre la bonne foi que le vendeur qui ne peut ignorer ſon propre fait, expoſât l'acheteur aux évictions qui peuvent arriver par ſon fait, ſans le lui déclarer.

185. La clauſe par laquelle le vendeur ſtipule qu'il ne ſera tenu d'aucune garantie, empêche bien qu'il ne ſoit tenu des dommages & intérêts de l'acheteur, faute de pouvoir faire ceſſer les évictions, & accomplir la promeſſe qu'il lui a faite de lui faire avoir la choſe ; mais cette clauſe ne le décharge pas de la reſtitution du prix dont il eſt tenu *condictione ſine causâ ;* car l'acheteur ne s'étant obligé de payer & n'ayant effectivement payé ce prix qu'en conſéquence de ce que le vendeur promettoit lui faire avoir la choſe vendue ; le vendeur n'ayant pas accompli ſa promeſſe, la cauſe pour laquelle l'acheteur a payé le prix ne ſubſiſte plus, & par conſéquent le vendeur ſe trouvant avoir ce prix ſans cauſe, doit le rendre.

C'eſt ce que décide la Loi 11, §. 18, ff. *de act. empt. Etſi apertè in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine præſtatum iri ; pretium deberi re evictâ, utilitatem non deberi ; nec enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret.*

Quelques Docteurs cités par Bruneman, *ad d.* L. ont cru devoir faire à cet égard une diſtinction. Ils conviennent que ſuivant la Loi citée, le vendeur ne laiſſe pas d'être tenu à la reſtitution du prix, en cas d'éviction, lorſqu'il a ſtipulé en général qu'il ne ſeroit tenu de garantir d'autres évictions que de

celles qui procéderoient de ſon fait ; mais ils prétendent qu'il en doit être autrement, lorſqu'il a ſtipulé qu'il ne ſeroit pas tenu d'une certaine eſpece particuliere d'éviction, & qu'en ce cas il ne devoit pas même être tenu de la reſtitution du prix, lorſque l'acheteur étoit évincé par cette eſpece particuliere d'éviction ; ce qu'ils prétendent établir par la Loi 69, ff. *de evict.*, qui porte que celui qui en vendant un eſclave, a excepté de la garantie à laquelle il s'obligeoit, le cas auquel il réclameroit la liberté, n'eſt point tenu de l'éviction, ſoit que l'homme fût déja libre lorſqu'il l'a livré, ſoit qu'il n'ait acquis la liberté que depuis par l'événement de la condition ſous laquelle elle lui avoit été laiſſée. Cette diſtinction eſt, avec raiſon, rejettée par Bruneman, *ad d.* L. : elle eſt dénuée de raiſon, & la Loi 69 ſur laquelle ils s'appuient ne l'établit point ; car cette Loi dit bien que le vendeur n'eſt point tenu de l'éviction ; c'eſt-à-dire, qu'il n'eſt pas tenu *actione in duplum ex hac ſtipulatione, quâ ſe evictionis nomine obligavit ;* mais elle ne dit nullement, comme ils le lui font dire, qu'il ne ſoit pas même tenu de la reſtitution du prix ; & ce n'eſt pas de cela qu'il étoit queſtion dans cette Loi qui ne parle que de la ſtipulation *de evictione. Voyez* Mornac. *ad d.* §.

186. Il y a néanmoins un cas auquel le vendeur n'eſt pas tenu même de la reſtitution du prix en cas d'éviction ; c'eſt lorſqu'il paroît que ce n'eſt pas tant la choſe qu'il a vendue, que la prétention incertaine qu'il avoit à cette choſe. Cette vente eſt ſemblable à celle d'un coup de filet ; *d.* L. 11, §. 18.

§. II.

Seconde eſpece de cas.

187. Il y a un cas auquel le vendeur n'eſt pas tenu, en cas d'éviction, d'indemniſer l'acheteur, s'il ne s'y eſt pas expreſſément obligé par le contrat : c'eſt celui auquel le vendeur pourroit juſtifier que l'acheteur avoit connoiſſance lors du contrat, de la cauſe qui a depuis donné lieu à l'éviction. Par exemple, ſi le vendeur pouvoit juſtifier que l'acheteur, lors du contrat de vente, ſçavoit que l'héritage n'appartenoit pas au vendeur, ou qu'il étoit chargé de certaines hypotheques ; en ce cas l'acheteur condamné à le délaiſſer ſur la demande en revendication du véritable propriétaire, ou ſur l'action hypothécaire des créanciers à qui appartenoient ces droits d'hypotheque, n'aura aucun recours pour ſes dommages & intérêts ; car ſi l'acheteur qui a acheté avec cette connoiſſance, ſouffre de cette éviction quelque choſe au-delà du prix qu'il a payé, il doit ſe l'imputer, puiſque c'eſt une éviction à laquelle il devoit s'attendre : ce n'eſt pas le vendeur qui l'a induit en erreur.

188. Accurſe & Barhtole vont bien plus loin. Ils ſoutiennent que l'acheteur n'a pas même en ce cas la répétition du prix qu'il a payé. Cette opinion eſt manifeſtement contraire à l'équité, qui ne permet pas que le vendeur s'enrichiſſe aux dépens de l'acheteur, en retenant le prix d'une choſe qui ne lui appartenoit pas ; & que l'acheteur ſoit tout-à-la-fois privé de la choſe qu'il a achetée, & du prix qu'il a payé : *Iniquum emptorem carere re & pretio.* Ces Docteurs ont été trompés par la Loi 27, *Cod. de evict.*, qui paroît dans le ſens

qu'elle préſente d'abord, conforme à leur déciſion. Il y eſt dit, *ſi fundum ſciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit; quod eo nomine dedit, contrà juris poſcit rationem.* Mais Cujas, *ad h.* L. a fait diſparoître la difficulté en obſervant que ces derniers termes *quod eo nomine dedit*, ne doivent pas s'entendre du prix qu'Athenocles avoit payé au vendeur, ce qui contiendroit une injuſtice manifeſte; mais de ce qu'il avoit été obligé de payer au demandeur originaire pour ſe conſerver dans la poſſeſſion de l'héritage. Ce que la Loi ajoute, *nam* (1) *ſi ignorans; deſiderio tuo, juris forma, negantis hoc reddi, refragatur*, prouve l'interprétation de Cujas, & que ces termes *quod eo nomine dedit*, ne doivent pas s'entendre du prix que l'acheteur a payé au vendeur; car il n'eût pas été beſoin que les Empereurs déciſaſſent que le prix qu'un acheteur a payé, lui doive être reſtitué en cas d'éviction; c'eſt une choſe qui n'eſt pas ſuſceptible de doute. Caillet, *ad h.* L., atteſte que l'opinion de Cujas eſt ſuivie dans la Pratique, quoiqu'elle ait ſouffert autrefois difficulté, ſuivant qu'il paroît par un Arrêt de partage ſur cette queſtion, rapportée par Louet, *l. A. chap. 13.*

189. Il faut décider autrement à l'égard d'un receleur qui auroit acheté d'un voleur une choſe qu'il ſçavoit avoir été volée. Ce receleur, en cas d'éviction, ne doit pas être recevable dans la demande qu'il donneroit contre le voleur pour la reſtitution du prix qu'il lui a payé; mais ce prix doit être confiſqué ou appliqué aux Hôpitaux. La raiſon eſt que l'achat que ce receleur a fait de la choſe volée, eſt de ſa part un crime & une complicité du vol: or un contrat criminel ne peut produire d'action, *nemo ex proprio dolo, ex proprio delicto conſequitur actionem.* Le prix que l'acheteur a payé pour un tel achat, a été payé *ex turpi causâ;* or ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 43, il n'y a aucune répétition de ce qui a été payé *ex turpi causâ, cùm dantis æquè & accipientis turpitudo verſatur.*

Mais lorſqu'il n'eſt intervenu aucun vol ni aucun crime auquel l'acheteur ait participé en achetant, & qu'on ne peut reprocher à l'acheteur qu'un ſimple défaut de bonne foi, pour avoir acheté une choſe qu'il ſçavoit ne pas appartenir au vendeur, ce défaut de bonne foi n'étant pas quelque choſe d'aſſez grave pour être ſujet à l'animadverſion des Loix qui ne puniſſent pas les fautes légeres, il n'empêche pas l'acheteur d'être reçu à demander au vendeur, en cas d'éviction, la reſtitution du prix qu'il a payé. C'eſt pourquoi Cujas, *ad h. l.* dit qu'il y a une différence *inter ſimplicem malam fidem, & dolum.*

190. Non-ſeulement la connoiſſance que l'acheteur a eue que la choſe n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit hypothéquée, n'empêche pas l'acheteur d'être reçu à demander au vendeur, en cas d'éviction, la reſtitution du prix; mais elle ne doit pas non plus empêcher qu'il ne ſoit reçu à demander les dommages & intérêts qu'il a ſoufferts au-delà du prix, lorſque la garantie a été expreſſément ſtipulée par le contrat: car ce n'eſt que dans le cas auquel elle n'a pas été ſtipulée, que l'acheteur qui a eu cette connoiſſance, eſt exclus de la demande de ces dommages & intérêts. La Loi ci-deſſus rapportée

(1) *Nam* eſt ici, & très-fréquemment dans le Digeſte, particule adverſative, & a le même ſens que *ſed.*

le

le déclare expreſſément par ces termes : *Cùm de evictione nihil convenit.* La Loi 7, *Cod. commun. utr. jud.* le décide encore plus formellement en ces termes : *Si ſcientes obligationem, dominium ſuſcepiſtis, tantùm evictionis promiſſionem ſolemnitate verborum vel pacto promiſſam probantes, eos conveniendi (in id quod intereſt) facultatem habebitis.*

La Loi *fin.* §. *emptor. Cod. commun. de legat.*, paroît contraire à ces déciſions. Juſtinien y décide que celui qui a acheté d'un héritier des choſes compriſes dans un legs ou dans un fidéi-commis, avec connoiſſance de ce legs ou fidéi-commis, n'avoit pas, en cas d'éviction par le légataire, l'action qui naît de la ſtipulation de garantie, & qu'il devoit lui ſuffire que l'héritier lui rendît le prix : *Emptor ſciens rei gravamen adversùs venditorem actionem habeat tantùm ad reſtitutionem pretii, nec ex duplæ ſtipulatione locum habeat, cùm ſufficiat ei pro pretio quod ſciens dedit pro re aliena ſatisfieri.* Cujas, *ad d.* L. 27, *Cod. de evict.*, répond que c'eſt par une raiſon de faveur particuliere aux legs & fidéi-commis que Juſtinien a ordonné cela, afin d'en procurer mieux l'exécution, & d'empêcher qu'on ne vendît facilement à des tiers les choſes compriſes dans les legs ou fidéi-commis, en déniant aux acheteurs qui avoient eu connoiſſance du teſtament, l'action de garantie, quand même ils l'auroient ſtipulée. Il en conclut que la déciſion de cette Loi eſt *jus ſingulare* ; qu'elle ne doit par conſéquent avoir lieu que dans le cas pour lequel elle a été faite, & qu'elle ne doit pas être étendue aux autres cas dans leſquels quelqu'un a acheté une choſe qu'il ſçavoit ne pas appartenir au vendeur, ou ne lui pas appartenir irrévocablement, dans tous leſquels (ſauf le ſeul cas de cette Loi) la connoiſſance que l'acheteur a eue dès le temps du contrat, de la cauſe qui par la ſuite a donné lieu à l'éviction, n'empêche pas qu'il ne ſoit reçu dans l'action de garantie, pour ſes dommages & intérêts contre ſon vendeur, lorſqu'il l'a ſtipulée.

Je penſe néanmoins que cette déciſion ne doit avoir lieu que dans le cas auquel le vendeur avoit à cet égard la même connoiſſance que l'acheteur, comme nous allons voir au paragraphe ſuivant.

§. III.

Troiſieme eſpece de cas.

191. Il y a des cas d'une troiſieme eſpece dans leſquels il n'y a pas lieu à l'obligation de garantie, quand même la garantie auroit été ſtipulée. On en peut rapporter trois de cette eſpece. Le premier eſt celui du receleur, dont nous avons déja parlé ci-deſſus.

Le ſecond eſt celui de ceux qui achetent des héritages compris dans une ſubſtitution duement publiée & enrégiſtrée. Ces acheteurs, en cas d'éviction de ces héritages par les ſubſtitués, n'ont pas d'action contre le vendeur & ſes héritiers, ſi ce n'eſt pour la reſtitution du prix qu'ils ont payé, quand même ils auroient expreſſément ſtipulé la garantie ; *Voyez ce que nous en avons dit* ſuprà, *art. précéd.*, *n.* 171.

Le troiſieme cas eſt celui d'un acheteur qui, ayant connoiſſance de la cauſe

qui a donné depuis lieu à l'éviction, l'a cachée au vendeur qui l'ignoroit & de qui il a ſtipulé la garantie. Comme en ce cas c'eſt l'acheteur qui a induit en erreur le vendeur, en ſtipulant de lui une garantie que le vendeur n'auroit pas promiſe, ſi l'acheteur ne lui avoit pas caché que la choſe étoit ſujette à éviction, l'équité ne permet pas que l'acheteur profite en ce cas de cette ſurpriſe faite au vendeur, pour exiger de lui les dommages & intérêts qu'il a ſoufferts au-delà du prix qu'il a payé; & le vendeur paroît fondé à l'exclure de ſon action de garantie par l'exception de dol, en lui offrant ſeulement de lui rendre le prix qu'il a reçu.

192. Le quatrieme cas eſt lorſque la vente a été faite pour le prix d'une ſomme dont le vendeur eſt débiteur envers l'acheteur pour la cauſe du jeu. Si cet acheteur ſouffre éviction, il ne doit pas avoir aucune action de garantie contre le vendeur; L. 2, §, 1, ff. *quar. rer. act. non*, non pas même pour la répétition du prix. C'eſt l'avis de Caballinus en ſon Traité *de evictione*, *n.* 78. La raiſon eſt que ce ſeroit donner indirectement action pour les dettes du jeu; ce que les Loix civiles défendent. Le vendeur aſſigné en garantie peut ſur ce fait, faire interroger l'acheteur ſur faits & articles.

SECTION III.

De la garantie des charges réelles de la choſe vendue.

193. Le vendeur en s'obligeant par le contrat de vente envers l'acheteur, *præſtare ei habere licere*, s'oblige à le garantir de tout ce qui pourroit diminuer ou gêner cette faculté; c'eſt donc une ſuite de l'obligation que le vendeur contracte, qu'il doive garantir l'acheteur de toutes demandes pour raiſon de charges réelles, autres que celles qui lui ont été déclarées, ou qu'il ne pouvoit ignorer.

Nous verrons, 1°. qu'elles ſont les charges qu'il n'eſt pas néceſſaire de déclarer: 2°. quel eſt l'effet de la garantie des charges réelles.

§. I.

Quelles ſont les charges qu'il n'eſt pas néceſſaire de déclarer.

194. Les charges que l'acheteur eſt cenſé ne devoir pas ignorer, & dont en conſéquence le vendeur n'eſt pas tenu de garantir l'acheteur, quoiqu'elles n'aient pas été expreſſément déclarées par le contrat, ſont, 1°. toutes celles qui ſont de droit commun. De ce nombre eſt la dixme. Ce n'eſt pas même proprement une charge réelle, la dixme étant une charge des fruits, & une dette de celui qui les recueille, plutôt qu'une charge de l'héritage qui produit les fruits. Car le Curé ou autre Décimateur n'a aucun droit dans les héritages ſur leſquels il perçoit la dixme; mais il eſt ſeulement fondé dans une louable coutume de percevoir la dixme des fruits qui ſe recueillent dans ſa Paroiſſe. Quoi qu'il en ſoit, cette charge étant de droit commun, & toute terre qui produit des fruits décimables étant ſujette à la dixme, il n'eſt point néceſſaire de la déclarer par le contrat de vente à l'acheteur, qui ne peut l'ignorer.

195. Les charges du centieme denier, des contributions pour les pavés, pour les tailles d'Égliſes & autres ſemblables, ſont auſſi des charges de Droit commun dont le vendeur en conſéquence n'eſt point tenu d'acquitter l'acheteur, quoiqu'elles n'aient pas été déclarées par le contrat.

196. Les droits & devoirs ſeigneuriaux, tels qu'ils ſont réglés par les Coutumes, ſont auſſi des charges des héritages, qui n'ont pas beſoin d'être déclarées par le contrat de vente, lorſque les héritages ſont ſitués dans les Provinces où la maxime, *nulle terre ſans Seigneur*, eſt établie ; la préſomption étant que l'héritage releve de quelque Seigneur, ou à fief ou à cens.

Cela a lieu lorſque l'héritage n'eſt chargé d'autres droits & devoirs ſeigneuriaux que de ceux qui ſont réglés par la Coutume du lieu, ſoit pour les fiefs, ſoit pour les cenſives.

Mais ſi par des titres particuliers l'héritage eſt chargé de droits plus forts que ceux réglés par les Coutumes & uſités dans la Province, quoique ces droits ſoient ſeigneuriaux, ils doivent être déclarés par le contrat de vente ; faute de quoi il y a recours de garantie contre le vendeur, tant pour ce que l'héritage vaut de moins par rapport à cette charge inſolite, que pour ce que l'acheteur a payé de plus que les profits ordinaires ; car l'acheteur n'a pu prévoir ces droits inſolites, quoique ſeigneuriaux.

197. Si les droits ſeigneuriaux dont l'héritage eſt chargé, ſont des droits autoriſés par la Coutume du lieu où ils ſont ſitués, qui en fait une mention expreſſe ; quoiqu'ils ne ſoient pas ceux qui y ont lieu de droit commun, mais des droits pour leſquels la Coutume exige que les Seigneurs aient des titres particuliers pour les prétendre, tel qu'eſt, dans la Coutume de Dunois, le droit de *quint* & *requint* en cas de vente de fiefs, je penſe que le défaut de déclaration de ces droits ne donne pas lieu à la garantie, lorſqu'il ne paroit pas de diſſimulation affectée, & que le vendeur peut n'en avoir pas eu de connoiſſance ; car ces droits étant connus, & la Coutume en faiſant mention, quoiqu'ils ne ſoient pas ceux qui ont lieu de droit commun, l'acheteur ne peut pas dire qu'il n'a pu les prévoir ; & en achetant à la charge expreſſe, ou toujours ſous-entendue des droits ſeigneuriaux, ſans explication de leur qualité, il s'eſt ſoumis aux droits ſeigneuriaux tels & de la qualité dont ils ſe trouveroient être ; c'eſt l'avis de M. R***.

198. Il nous reſte à obſerver que l'acheteur n'eſt tenu de ces charges, qui ſont de droit commun, que pour l'avenir. Il doit être indemniſé par le vendeur de tout ce qui eſt échu juſqu'à ce qu'il ſoit entré en jouiſſance : il doit pareillement l'etre de tous les anciens profits ſeigneuriaux qui ſeroient dûs avant ſon acquiſition.

199. Une ſeconde eſpece de charges réelles que l'acheteur eſt cenſé n'avoir pu ignorer, & pour leſquelles en conſéquence il ne peut prétendre aucune garantie, quoiqu'elles n'aient pas été expreſſément déclarées par le contrat, ce ſont les ſervitudes viſibles, telles que ſont celles de vue & d'égoût. L'acheteur n'a pu les ignorer, puiſqu'en viſitant la maiſon avant que de l'acheter, il a dû voir les fenêtres & les égoûts.

200. Doit-on comprendre parmi les droits que l'acheteur n'a pu ignorer, & qu'il n'eſt pas beſoin de déclarer expreſſément, un droit de champart non-

ſeigneurial ? La raiſon de douter eſt, que la perception du champart étant publique & connue dans le pays, il a été facile à l'acheteur de s'informer & d'apprendre avant que d'acheter, ſi les terres étoient ſujettes à cette charge. On peut encore tirer argument de ce que notre Coutume d'Orléans, *art.* 480, décide que le champart, quoiqu'il ne ſoit pas ſeigneurial, ne ſe purge pas par le décret, cette déciſion n'étant fondée que ſur la raiſon que l'adjudicataire n'a pas dû ignorer ce droit dont la perception eſt publique.

Nonobſtant ces raiſons, on doit décider que le vendeur eſt garant du champart qu'il n'a pas déclaré. Il y a une grande différence entre le champart & les ſervitudes viſibles. Un acheteur n'achete pas une maiſon ſans la viſiter par lui ou par quelqu'un de ſa part, & par conſéquent ſans s'appercevoir des ſervitudes viſibles ; mais on ne peut être inſtruit de la charge du champart qu'en s'en informant, & on peut négliger de s'en informer, ou être trompé dans les informations qu'on en fait. Quant à l'argument tiré de notre Coutume d'Orléans, la réponſe eſt que cette diſpoſition qui eſt particuliere à la Coutume d'Orléans, eſt un droit ſingulier qui ne doit pas par conſéquent être étendu à d'autres cas. D'ailleurs il n'y a pas parité de raiſon. Si notre Coutume a voulu que le droit de champart, quoique non-ſeigneurial, ne fût par purgé par le décret, c'eſt que la cauſe du propriétaire de ce droit, *qui certat de damno vitando*, eſt favorable. On ne peut lui reprocher tout au plus, que la négligence de ne s'être pas oppoſé au décret qu'on ignore ſouvent. Au contraire la cauſe du vendeur qui n'a pas déclaré le droit de champart dont eſt chargé l'héritage qu'il vendoit, n'eſt rien moins que favorable : une pareille réticence eſt toujours ſuſpecte.

Si le champart eſt le droit ſeigneurial dont l'héritage eſt chargé, & que ce droit ſeigneurial ſoit reconnu & autoriſé par la Coutume du lieu, le défaut de déclaration de ce droit, paroît ne pas devoir donner lieu à la garantie, ſuivant les principes établis *ſuprà*, *n.* 194.

§. II.

De l'effet de la garantie des charges réelles.

201. L'effet de cette garantie eſt, que lorſque quelqu'un prétend quelque droit réel ſur l'héritage dont l'acheteur n'a pas été chargé par le contrat de vente, l'acheteur aſſigné pour reconnoître ou pour ſouffrir ce droit, peut aſſigner en garantie le vendeur ou ſes héritiers, pour qu'ils aient à le défendre de cette demande & prendre ſon fait & cauſe.

Cette action eſt une branche de l'action perſonnelle *ex empto*, de même que l'action de garantie en cas d'éviction ; & tout ce que nous avons dit dans la Section précédente, de l'obligation de défendre l'acheteur, des demandes en éviction, reçoit application à l'égard de l'obligation de le défendre des demandes pour raiſon des droits réels prétendus ſur l'héritage, lorſqu'il n'en a pas été chargé.

Faute par le vendeur de défendre l'acheteur, cette action de garantie ſe réſout & ſe termine à une diminution ſur le prix que le vendeur eſt condamné de faire à l'acheteur, laquelle doit être de ce que des experts eſtimeront que

la choſe auroit dû être vendue de moins. Si la charge étoit ſi onéreuſe, que vraiſemblablement l'acheteur n'eût pas acheté la choſe, s'il eût connu cette charge (ce qui doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge), le vendeur en ce cas peut être condamné ſur la demande de l'acheteur à reprendre la choſe : c'eſt ce qui s'appelle action redhibitoire dont nous aurons occaſion de parler plus amplement dans la Section ſuivante.

Lorſque la charge réelle eſt rachetable à prix d'argent, telles que ſont quelquefois des rentes foncieres, l'acheteur peut faire condamner le vendeur à fournir les deniers néceſſaires pour le rachat.

SECTION IV.

De la garantie des vices redhibitoires.

202. Le vendeur, par la nature du contrat de vente, eſt tenu de garantir l'acheteur que la choſe vendue eſt exempte de certains vices qui ſont de nature à rendre ou preſque inutile ou même quelquefois nuiſible, l'uſage pour lequel cette choſe eſt dans le commerce.

Cette obligation eſt une ſuite de celle que contracte le vendeur de faire avoir à l'acheteur la choſe vendue ; car s'obliger *à faire avoir la choſe*, dans l'intention des parties, eſt s'obliger à la faire avoir utilement ; puiſqu'en vain l'acheteur a une choſe qu'il a utilement, & qui ne peut lui être d'aucun uſage.

Ces vices que le vendeur eſt tenu de garantir, ſe nomment *redhibitoires*, parce que l'action qui nait de cette garantie eſt une action *redhibitoire*, c'eſt-à-dire, une action pour laquelle l'acheteur conclut contre le vendeur, à ce qu'il ſoit tenu de reprendre la choſe vendue, & de lui rendre le prix, *redhibere eſt reddere ;* L. 21, ff. *de Ædil. Edic.*

Sur la matiere de cette garantie, nous verrons, 1°. à l'égard de quelles choſes le vendeur eſt tenu de cette garantie : 2°. Quels vices y donnent lieu, & en quels cas : 3°. A quoi s'étend l'obligation de la garantie des vices redhibitoires : 4°. Nous traiterons de l'action redhibitoire qui naît de cette garantie : 5°. De l'action *quanto minoris* qui en naît pareillement.

ARTICLE PREMIER.

A l'égard de quelles choſes le vendeur eſt-il tenu de cette garantie.

203. Le vendeur eſt tenu de cette garantie, non-ſeulement à l'égard de la choſe qui fait le principal objet de la vente, mais auſſi à l'égard de celles qui ſont compriſes dans le contrat de vente, comme choſes acceſſoires, pourvu qu'elles y ſoient ſpécialement compriſes, *tanquam res ſingulæ*, & non ſous une univerſalité. C'eſt ce qui réſulte de la Loi 33, ff. *de Ædil. ed. Quod in venditione acceſſurum dictum eſt, tam integrum præſtetur, quàm præſtari debuit quod principaliter venit .... Sed hoc ita ſi certum corpus acceſſurum fuerit dictum ; nam ſi cervus cum peculio venierit, ea mancipia pro in peculio fuerint ſana eſſe præſtare venditor non debet .... idem probat & ſi fundus cum inſtrumento venierit, &c.*

Suivant ces principes, ſi je vous ai vendu une métairie avec tant de che-

vaux qui y ſont, tant de vaches, & telles & telles choſes qui s'y trouvent, je ſerai tenu envers vous à la garantie, s'il ſe trouve quelque vice redhibitoire dans quelqu'un deſdits chevaux, deſdites vaches ou autres choſes. Car quoiqu'elles ne ſoient vendues que comme choſes acceſſoires à la métairie qui fait le principal objet de la vente, elles y ſont néanmoins ſpécialement compriſes, *tanquam certæ & ſingulæ res.* Au contraire, s'il eſt dit par le contrat, que je vous vends la métairie avec les beſtiaux & autres meubles qui s'y trouvent, je ne ſerai tenu à aucune garantie de vices redhibitoires qui ſe trouveroient dans quelqu'un des chevaux ou vaches qui ſe ſont trouvés dans cette métairie ; car je ne vous ai vendu que l'univerſalité des meubles & effets qui ſe trouveroient dans la métairie ; je n'en ai vendu aucun en particulier.

ARTICLE II.

Quels vices donnent lieu à la garantie, & en quels cas.

204. Pour qu'un vice de la choſe vendue donne lieu à la garantie, il faut que quatre choſes concourent, 1°. qu'il ſoit du nombre de ceux qui, ſelon l'uſage des lieux, paſſent pour redhibitoires : 2°. qu'il n'ait pas été connu à l'acheteur : 3°. qu'il n'ait pas été excepté de l'obligation de garantie par une clauſe particuliere du contrat : 4°. qu'il exiſte au temps du contrat.

§. I.

Premiere condition.

305. Pour qu'un vice donne lieu à la garantie, il faut en premier lieu qu'il ſoit du nombre de ceux qui, ſelon l'uſage des lieux, paſſent pour redhibitoires.

Par exemple, c'eſt un uſage que la pouſſe, la morve & la courbature paſſent pour vices redhibitoires à l'égard des chevaux. La Coutume de Bourbonnois, *art.* 87, en a une diſpoſition : la pommeliere à l'égard des vaches.

Certaines maladies épidémiques & contagieuſes qui, dans certains temps, regnent ſur les animaux, ſont un vice redhibitoire à l'égard de ceux qui en ſont malades.

206. C'eſt un vice redhibitoire pour une poutre lorſqu'elle eſt pourrie, & par conſéquent hors d'état de ſervir : pour des tonneaux, lorſqu'ils ſont futés, c'eſt-à-dire, lorſqu'il s'y trouve quelque douve d'un bois qui communique une mauvaiſe odeur au vin qu'on met dedans.

C'eſt un vice redhibitoire à l'égard des étoffes neuves, lorſqu'elles ſont tarées, c'eſt-à-dire, lorſqu'elles ont certaines défectuoſités exprimées par les réglemens faits pour le commerce. Des trous dans une étoffe ſont un vice redhibitoire ; *Arrêt du* 18 *Janvier* 1719, *au* 7e. *Tome du Journal.*

Ulpien en la Loi 49, ff. *de Ædil. ed.* rapporte pour un vice redhibitoire d'un héritage, lorſqu'il eſt dans un air empeſté, *ſi peſtilens fundus.* Dioclétien en la Loi 4, *Cod. de Ædil. ed.* rapporte celui-ci : ſi c'eſt un pâturage qui produiſe des herbes empoiſonnées, *ſi peſtibilis id eſt peſtibiles herbas vel letiferas habens.*

207. On ne répute pas vices redhibitoires ceux qui, quoique conſidérables, peuvent facilement s'appercevoir. Par exemple, ce n'eſt pas un vice redhibitoire pour un cheval, s'il eſt boiteux, s'il eſt aveugle, *&c.*; ni pour une maiſon, ſi elle tombe en ruine; parce que ces vices pouvant facilement ſe connoître, l'acheteur eſt préſumé en avoir eu connoiſſance, & avoir bien voulu acheter la choſe avec ce vice, & par conſéquent n'avoir ſouffert aucun tort, *nam volenti non fit injuria;* & quand même il ne l'auroit pas connu, il ne ſeroit pas encore recevable à ſe plaindre du tort qu'il ſouffre de ce contrat; car c'eſt par ſa faute qu'il le ſouffre, n'ayant tenu qu'à lui d'examiner la choſe avant que de l'acheter, ou de la faire examiner par quelqu'un, s'il ne s'y connoît pas lui-même. Or un tort qu'une perſonne ſouffre par ſa faute, n'eſt pas un tort auquel les loix doivent ſubvenir, les loix n'étant pas faites pour entretenir la négligence; *damnum quod quis culpâ ſuâ non ſentit, non videtur ſentire.*

208. Telles ſont les regles du for extérieur. Mais dans celui de la conſcience, tout vice conſidérable qui auroit empêché l'acheteur d'acheter s'il l'eût ſçu, doit paſſer pour redhibitoire, le vendeur ne devant pas profiter du peu de ſoin qu'a eu l'acheteur, à examiner la choſe qu'on lui vendoit.

§. II.

Seconde condition.

209. Il faut en ſecond lieu, pour qu'il y ait lieu à la garantie, que le vice redhibitoire n'ait pas été connu de l'acheteur lors du contrat. Si on peut juſtifier qu'il en a eu connoiſſance, il n'eſt pas recevable dans la demande en garantie; L. 48, §. 4, ff. *de Ædil. ed.*

Cela a lieu lorſque les parties ne ſe ſont pas expliquées ſur la garantie. Mais ſi l'acheteur, quoiqu'il eût connoiſſance du vice, en a ſtipulé expreſſément la garantie, il ſera reçu dans ſa demande: le vendeur qui s'eſt ſoumis expreſſément à cette garantie, ne ſera pas recevable à exciper de la connoiſſance qu'il prétend que l'acheteur en a eu. C'eſt la déciſion de la Loi 4, §. 5, ff. *de dol. & met. except.*

Néanmoins s'il paroît que c'eſt l'acheteur qui, en diſſimulant la connoiſſance qu'il avoit du vice, au vendeur qui l'ignoroit, a induit le vendeur en erreur; en ce cas le vendeur ſeroit fondé à exclure l'acheteur de ſa demande par l'exception de dol.

§. III.

Troiſieme condition.

210. Il faut en troiſieme lieu que le vice n'ait pas été, par une clauſe particuliere, excepté de bonne foi de l'obligation de la garantie. Le vice eſt excepté de bonne foi, lorſque le vendeur qui ne connoît pas la choſe qu'il vend, dans la crainte qu'elle n'ait un certain vice dont il n'a pas néanmoins connoiſſance, a ſtipulé qu'il ne garantit pas ce vice. En ce cas la clauſe doit être exécutée, & l'acheteur n'a aucun recours contre le vendeur pour ce vice, ſi la choſe vendue s'en trouve entachée. Mais ſi le vendeur a, lors du contrat, une pleine

connoiſſance de ce vice, & qu'au lieu de le déclarer, il ſtipule qu'il ne garantit pas ce vice, cette diſſimulation du vendeur eſt un dol qui le rend ſujet à la garantie, nonobſtant la clauſe; L. 14, §. 9, ff. *de Ædil.*

§. IV.

Quatrieme condition.

211. Il faut en quatrieme lieu que le vice qui donne lieu à cette garantie, ait exiſté dès le temps du contrat; car s'il n'eſt ſurvenu que depuis, la choſe étant devenue par le contrat aux riſques de l'acheteur, ainſi que nous le verrons plus particuliérement ci-après, *Part.* 4, le vendeur n'en peut être tenu; L. 54, ff. *Ædil. ed.*

ARTICLE III.

A quoi s'étend l'obligation de la garantie des vices redhibitoires.

212. Il faut à cet égard diſtinguer le cas auquel le vendeur ignoroit le vice redhibitoire, & le cas auquel il en avoit connoiſſance. Dans le premier cas la garantie ne s'étend ordinairement qu'à la choſe vendue. Le vendeur eſt obligé de rendre à l'acheteur le prix qu'il lui en a coûté pour l'avoir, & il n'eſt pas obligé à la réparation du dommage que le vice de la choſe vendue a cauſé à l'acheteur dans ſes autres biens. Dans le ſecond cas, lorſque le vendeur avoit connoiſſance du vice, il eſt en outre tenu de tous les dommages & intérêts que ce vice, dont il n'a pas averti l'acheteur, a cauſés à celui-ci dans ſes autres biens; car cette réticence du vendeur eſt un dol qu'il a commis envers l'acheteur, qui l'oblige à la réparation de tout le tort qui en réſulte.

Le vendeur, quoiqu'il n'ait pas eu une connoiſſance formelle du vice de la choſe vendue, eſt à cet égard réputé comme s'il l'avoit eue, lorſqu'ayant un légitime motif de ſoupçonner ce vice, il n'en a rien dit à l'acheteur: car cette réticence eſt un dol. Par exemple, s'il a vendu quelqu'animal qu'il ſçavoit venir du pays où regnoit une maladie contagieuſe; quoiqu'il n'ait pas eu une connoiſſance formelle que cet animal fût effectivement attaqué de cette maladie, il doit être également puni comme s'il en avoit eu connoiſſance, & par conſéquent tenu envers l'acheteur de tous les dommages & intérêts que lui a cauſés cet animal, en communiquant à d'autres la contagion dont il étoit infecté. Car c'eſt un dol d'avoir caché à l'acheteur que l'animal venoit du pays où regnoit la maladie.

213. Il y a un cas auquel le vendeur, quand même il auroit ignoré abſolument le vice de la choſe vendue, eſt néanmoins tenu de la réparation du tort que ce vice a cauſé à l'acheteur dans ſes autres biens. C'eſt le cas auquel le vendeur eſt un ouvrier, ou un marchand qui vend des ouvrages de ſon art, ou du commerce dont il fait profeſſion; cet ouvrier ou ce marchand eſt tenu de la réparation de tout le dommage que l'acheteur a ſouffert par le vice de la choſe vendue, en s'en ſervant à l'uſage auquel elle eſt deſtinée, quand même cet ouvrier ou ce marchand prétendroit avoir ignoré ce vice. Par exemple, ſi un Tonnelier ou un Marchand de tonneaux m'a vendu des tonneaux, & que

par

par quelque défectuosité de quelqu'un de ces tonneaux, le vin que j'y avois mis s'est perdu, il sera tenu envers moi du prix du vin que j'ai perdu. Pareillement, si le bois du tonneau, par sa mauvaise qualité, a communiqué une mauvaise odeur au vin que j'y ai mis, l'usage est en ce cas qu'il soit condamné à prendre pour son compte le vin gâté, & à me payer au prix que vaudra celui qui n'est pas gâté. La raison est qu'un ouvrier, par la profession de son art, *spondet peritiam artis.* Il se rend envers tous ceux qui contractent avec lui, responsable de la bonté de ses ouvrages, pour l'usage auquel ils sont naturellement destinés. Son impéritie ou défaut de connoissance dans tout ce qui concerne son art, est une faute qui lui est imputée, personne ne devant professer publiquement un art, s'il n'a toutes les connoissances nécessaires pour le bien exercer: *Imperitia culpæ annumeratur;* L. 132, ff. *R. J.* Il en est de même du marchand fabriquant ou non-fabriquant. Par la profession publique qu'il fait de son commerce, il se rend responsable de la bonté des marchandises qu'il débite pour l'usage auquel elles sont destinées. S'il est fabriquant, il ne doit employer, pour les fabriquer, que de bons ouvriers du fait desquels il répond. S'il n'est pas fabriquant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s'y connoître, & n'en débiter que de bonnes.

214. Observez que quelque défectueuse que soit la chose qu'un ouvrier ou un marchand a vendu, si l'acheteur s'en est servi à un autre usage qu'à celui auquel elle étoit destinée, le vendeur ne sera tenu du dommage que le vice de la chose aura causé à l'acheteur, que jusqu'à concurrence de la somme à laquelle auroit pu monter au plus, celui qu'il auroit pu souffrir, s'il se fût servi de la chose pour l'usage auquel elle étoit destinée. Car le vendeur, par la profession publique qu'il fait de son art ou de son commerce, ne s'engage envers le public, qu'à faire que ses marchandises soient propres pour l'usage auquel elles sont destinées, & il ne se soumet qu'à la réparation du dommage que peut souffrir l'acheteur en se servant de la chose à cet usage, & non plus avant. Il est néanmoins tenu du dommage au moins jusqu'à cette concurrence, quoique l'acheteur se soit servi de la chose pour un autre usage; car s'il ne doit pas souffrir de ce que l'acheteur s'est servi de la chose pour un autre usage, il n'en doit pas non plus profiter.

Suivant ces principes, si j'ai acheté des tonneaux d'un tonnelier de Normandie, qui ne faisoit que des tonneaux propres à mettre du cidre, & que j'aie mis dans ces tonneaux du vin ou de l'eau-de-vie qui ait été perdu, le Tonnelier ne sera pas tenu envers moi du prix du vin ou de l'eau-de-vie que j'ai perdu. Mais si les tonneaux étoient défectueux de maniere que le cidre qu'on y auroit mis se seroit également perdu, il sera tenu de la perte que j'ai faite du vin ou de l'eau-de-vie, jusqu'à concurrence du prix de pareille quantité de cidre. Si les tonneaux étoient suffisans pour contenir du cidre, quoiqu'ils ne le fussent pas pour contenir une liqueur plus violente, ces tonneaux qui n'étoient destinés que pour du cidre, ne peuvent en ce cas passer pour défectueux; c'est ma faute de m'en être servi pour un autre usage; Molin. *tr. de eo quod interest, n.* 60, 61.

215. Hors ces cas d'un ouvrier ou d'un marchand, le vendeur qui n'a eu ni la connoissance, ni aucun juste soupçon du vice redhibitoire, n'est tenu à autre chose qu'à rendre le prix à l'acheteur qui doit lui rendre la chose, & il

n'eſt aucunement tenu du dommage que ce vice a cauſé à l'acheteur dans ſes autres biens. C'eſt pourquoi, ſi au-lieu d'acheter mes tonneaux d'un Tonnelier ou d'un Marchand, je les ai achetés d'un particulier qui m'a vendu ceux qu'il avoit de trop, & que quelqu'un de ces tonneaux ſe trouve défectueux, il ne ſera tenu envers moi qu'à la reſtitution du prix; mais il ne ſera pas tenu de la perte de mon vin que j'ai ſoufferte par le vice de ce tonneau.

216. Dumoulin néanmoins, en ſon Traité *de eo quod intereſt, n.* 53, obſerve fort bien que ce particulier devra au moins me céder ſes droits & actions, s'il en a contre le Tonnelier ou le Marchand de qui il a acheté les tonneaux défectueux qu'il m'a vendus, afin que je les exerce en ſon lieu pour mon compte & à mes riſques; car la vente qu'il m'en a faite ne doit pas profiter au Tonnelier qui eſt en faute, & le décharger de ſon obligation; & ce particulier qui me les a revendus, eſt cenſé m'avoir cédé avec ces tonneaux, tous ſes droits par rapport auxdits tonneaux. Mais ſi j'exerce les droits de mon vendeur contre le Tonnelier, je ne pourrai demander à mon vendeur la reſtitution du prix.

ARTICLE V.

De l'action redhibitoire.

De la garantie des vices redhibitoires, naît l'action redhibitoire qu'a l'acheteur contre le vendeur. Nous verrons, 1°. ce que l'acheteur eſt en droit de demander par cette action : 2°. ce qu'il doit offrir pour y être reçu : 3°. nous obſerverons quelques différences entre le vendeur & l'acheteur, par rapport à cette action : 4°. nous examinerons ſi le vice redhibitoire qui ſe trouve dans l'une de pluſieurs choſes compriſes dans un marché, donne lieu à la réſolution du marché pour le tout, ou ſeulement pour cette choſe : 5°. nous traiterons des fins de non-recevoir contre cette action.

§. I.

De ce que l'acheteur eſt en droit de demander par cette action.

217. L'acheteur eſt en droit de demander par l'action redhibitoire, la réſolution & nullité du marché, & qu'en conſéquence les choſes ſoient remiſes au même état que s'il n'étoit pas intervenu : *Judicium redhibitoriæ actionis utrinque, id eſt venditorem & emptorem, quodammodo in integrum reſtituere debere ;* L. 23, §. 7, ff. *de Ædil. ed. Factâ redhibitione, omnia in integrum reſtituuntur, perinde ac ſi neque venditio interceſſerit ;* L. 60, ff. *d. tit.*

En conſéquence l'acheteur a droit de demander que le vendeur ſoit condamné à lui rendre le prix qu'il lui a payé, même les intérêts depuis le jour du paiement qu'il en a fait, juſqu'à ce qu'il lui ait été rendu; L. 29, §. 2, ff. *d. tit.* à moins que le Juge ne jugeât à propos de les compenſer avec les fruits que l'acheteur doit rendre.

Il a droit auſſi de demander que le vendeur ſoit condamné à le rembourſer de tous les frais du marché, & de tous ceux qu'il a été obligé de faire par

rapport à la choſe vendue, tels que ſont les frais de voiture, de barrage, de douane, *&c.* non ceux qu'il auroit pu ſe diſpenſer de faire; L. 27, *d. tit.*

A l'égard des dommages & intérêts pour raiſon du tort que la choſe vendue a cauſé à l'acheteur dans ſes autres biens, il ne les peut prétendre que ſuivant les diſtinctions établies en l'article précédent.

218. Les frais de nourriture d'un animal ne peuvent être exigés, devant ſe compenſer avec les ſervices que l'acheteur a pu en tirer; L. 30, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II.

De ce que l'acheteur doit offrir pour être reçu à cette action.

219. L'acheteur, pour être reçu à cette action, doit de ſon côté offrir de rendre la choſe ſi elle exiſte, avec les fruits ſi aucuns il a perçus; à moins qu'il n'en conſente la compenſation avec les intérêts du prix. Il doit pareillement offrir de rendre tous les acceſſoires de la choſe qui lui auroient été livrés avec la choſe.

220. Si la choſe n'exiſte plus; ſi c'eſt ſans ſa faute qu'elle a ceſſé d'exiſter, comme ſi le cheval que j'ai acheté eſt mort de la maladie, pour laquelle j'ai formé l'action redhibitoire, il me ſuffira de rendre ce qui en reſte, comme la peau: s'il m'a été vendu avec quelques acceſſoires, comme avec la bride, la ſelle, il faudra que je rende ces acceſſoires.

S'il ne reſte rien de la choſe vendue; comme lorſqu'une vache eſt morte de maladie contagieuſe, & a été, ſelon les Réglemens de Police, enterrée avec ſa peau, je pourrai exercer l'action redhibitoire ſans rendre rien.

221. Si la choſe vendue a ceſſé d'exiſter par la faute de l'acheteur, ſera-t-il exclus de l'action redhibitoire, pour s'être mis par ſa faute hors d'état de remplir la condition? Il réſulte de la Loi 31, §. 11, ff. *de Ædil. ed.*, que l'acheteur n'eſt pas pour cela exclus de l'action redhibitoire, mais qu'il eſt ſeulement tenu en ce cas de faire déduction au vendeur de ce que vaudroit la choſe vendue en l'état qu'elle étoit, ſi elle n'eût pas ceſſé d'exiſter par ſa faute.

Par la même raiſon lorſque par ſa faute il a détérioré la choſe, il n'eſt pas pour cela exclus de l'action redhibitoire; mais il eſt ſeulement tenu de faire raiſon au vendeur à qui il la vend, de ce dont elle ſe trouve dépréciée par ſa faute; L. 24, ff. *d. tit.*

Ces déciſions ſont toutes conformes à l'équité; car il ſuffit que le vendeur ſoit indemniſé de la faute que l'acheteur a commiſe par rapport à la choſe vendue: il ne doit pas en profiter & s'en enrichir, comme cela ſeroit s'il étoit par-là libéré de l'action redhibitoire dont il eſt tenu.

222. Quelquefois néanmoins l'acheteur qui, par ſon fait s'eſt mis hors d'état de rendre la choſe, doit être pour cela déclaré non-recevable dans l'action redhibitoire; comme lorſqu'il a diſpoſé de la choſe, lorſqu'il l'a employée, & qu'il en a fait ſon profit, de la même maniere qu'il eût fait ſi elle n'eût pas eu de vice; *Arg.* L. 47, ff. *d. tit.*

§. III.

Différence entre l'acheteur & le vendeur, par rapport à l'action redhibitoire.

223. Il y a quelques différences à remarquer touchant l'action redhibitoire, entre l'acheteur à qui cette action eſt déférée, & le vendeur contre qui elle eſt donnée.

De la part de l'acheteur elle eſt indiviſible. C'eſt pourquoi ſi l'acheteur laiſſe pluſieurs héritiers, l'un de ſes héritiers ne peut pas l'exercer ſeulement pour ſa part, il faut que tous l'exercent. La raiſon eſt que le vendeur ſouffriroit dommage s'il étoit obligé de reprendre ſeulement pour partie la choſe vendue ; L. 31, §. 5, ff. *de Ædil. ed.* Au contraire, cette action eſt diviſible de la part du vendeur contre qui elle eſt donnée. C'eſt pourquoi ſi le vendeur laiſſe pluſieurs héritiers, l'acheteur peut fort bien n'exercer que contre l'un d'eux l'action redhibitoire, & ne la pas exercer contre les autres ; car en cela celui des héritiers contre qui on l'exerce, & qui eſt condamné à reprendre la choſe pour la portion dont il eſt héritier, & à reſtituer le prix pour la même portion, ne ſouffre aucun préjudice ; car quand même l'action s'exerceroit contre tous, il n'auroit toujours que cette portion dans la choſe ; *d.* L. 31, §. 10.

224. Ce que nous avons dit de pluſieurs héritiers d'un acheteur, a lieu auſſi à l'égard de pluſieurs acheteurs, lorſque la choſe leur a été vendue *ſub ſpecie unitatis*, quoiqu'ils ne ſe ſoient pas obligés ſolidairement au paiement du prix ; car en ce cas il n'y a qu'un contrat de vente d'une ſeule choſe, & par conſéquent l'action redhibitoire ne peut être exercée que par tous les acheteurs. Il n'en eſt pas de même lorſque pluſieurs ont acheté une choſe, chacun pour une certaine portion. Il y a autant de contrats de vente, qu'il y a d'acheteurs qui ont acheté chacun une part ; & par conſéquent chacun d'eux peut exercer l'action redhibitoire ſéparément pour la part qu'il a achetée : le vendeur ne peut ſe plaindre, & il doit s'imputer de leur avoir vendu par portions ; *d.* §. 10.

225. Il y a encore une autre différence entre le vendeur & l'acheteur, touchant l'action redhibitoire. Le vendeur eſt obligé préciſément, & peut être contraint à la reſtitution du prix : l'acheteur n'eſt pas obligé préciſément à la reſtitution de la choſe vendue. S'il ne la reſtitue pas, le vendeur ne peut pas l'y contraindre, mais ſeulement obtenir d'être déchargé de la reſtitution du prix ; L. 29, ff. *Ædil. ed.*

§. IV.

Le vice redhibitoire de l'une de pluſieurs choſes compriſes dans un marché, donne-t-il lieu à la réſolution du marché pour le tout, ou ſeulement pour cette choſe.

226. Cette queſtion ſe décide par des diſtinctions. Si la choſe qui a le vice redhibitoire, a été ſeule l'objet principal de la vente, & que les autres n'aient

été vendues que comme les acceſſoires, la redhibition de la choſe principale entraînera celle de toutes les choſes acceſſoires. Par exemple, ſi un cheval a été vendu avec tout ſon équipage, la redhibition du cheval entraîne celle de l'équipage; le vendeur peut être forcé à reprendre le tout; *& vice versâ*, l'acheteur ne peut pas exercer l'action redhibitoire pour le cheval, qu'il ne rende tout l'équipage avec le cheval.

Contrà ſi la choſe principale n'étoit pas dans le cas de redhibition, mais ſeulement quelqu'une des choſes acceſſoires : comme ſi on avoit vendu une métairie avec les chevaux qui y étoient, & qu'un de ces chevaux eût un vice redhibitoire, la redhibition n'auroit lieu que pour ce cheval, & l'acheteur, en offrant de le rendre, obtiendroit la reſtitution du prix de ce cheval.

227. Si les choſes vendues ſont également principales, il faut examiner ſi elles ont été vendues comme faiſant enſemble un tout, & comme étant telles que l'une n'auroit pas été vendue ſans l'autre : comme lorſqu'on a vendu deux chevaux de carroſſe, une couple de bœufs, *&c.*, en ce cas le vice redhibitoire de l'une de ces choſes, donne lieu à la redhibition de tout ce qui a été vendu, l'action redhibitoire ne pouvant en ce cas s'exercer pour partie.

Mais ſi les choſes qui ont été vendues, étoient indépendantes les unes des autres, l'action redhibitoire n'aura lieu que pour celle qui a un vice, quand même toutes auroient été vendues pour un même prix; car encore que cette circonſtance jointe à d'autres, ſerve à faire préſumer que les choſes n'auroient pas été vendues l'une ſans l'autre, elle n'eſt pas néanmoins ſeule déciſive. C'eſt pourquoi l'action redhibitoire pourra avoir lieu pour cette ſeule choſe, & le vendeur ſera tenu de reſtituer le prix de cette choſe, ſuivant la ventilation qui en ſera faite ſur le total du prix. C'eſt la doctrine de la Loi 38, §. *fin.*, *&c.* & pluſieurs autres; Voyez *in Pand. Juſtin. tit. de Ædil. ed. n.* 63 *&* 64.

228. Au contraire, quoique la ſéparation des prix ſoit une forte impreſſion que les choſes ont été vendues indépendamment les unes des autres, néanmoins cette circonſtance n'eſt pas toujours déciſive, & la préſomption qui en réſulte, doit céder à une plus forte qui réſulte de la qualité des choſes vendues; comme dans le cas ci-deſſus rapporté de la vente d'un attelage de chevaux pareils. Quand la vente auroit été faite pour tel prix pour chaque cheval, l'action redhibitoire ne pourra avoir lieu que pour le tout : c'eſt la déciſion de la Loi 34, §. 1, ff. *Ædil. ed.*

§. V.

Des fins de non-recevoir contre l'action redhibitoire.

229. Il y a deux fins de non-recevoir contre l'action redhibitoire; l'une réſulte de la convention, l'autre du laps de temps.

Lorſque par le contrat de vente il a été convenu que le vendeur ne ſeroit point garant d'aucuns vices de la choſe, ou bien qu'il ne ſeroit point garant d'un tel vice, cette convention opere une fin de non-recevoir contre l'action redhibitoire.

230. Si néanmoins l'acheteur pouvoit juſtifier que le vendeur, lors du contrat, n'avoit pas un ſimple doute ſur ces vices, mais en avoit une parfaite

connoiſſance ; comme en ce cas le vendeur auroit été coupable de mauvaiſe foi de les avoir diſſimulés, l'acheteur ſeroit recevable, nonobſtant la convention, à former l'action redhibitoire : car ſi on lui oppoſoit l'exception réſultante de la convention *exceptionem pacti*, il détruiroit cette exception, en oppoſant à ſon tour la réplication de dol, *replicationem doli*. C'eſt la déciſion de la Loi 14, §. 9, ff. *de Ædil. ed.*

231. Il réſulte une fin de non-recevoir contre l'action redhibitoire du laps de temps que l'acheteur a laiſſé écouler ſans l'intenter.

Par le Droit Romain, l'acheteur avoit ſix mois utiles pour intenter cette action : l'uſage de différentes Provinces accorde un temps beaucoup plus court. Il faut ſuivre à cet égard celui du lieu où le contrat s'eſt paſſé. Suivant l'uſage de ce pays-ci, on n'admet plus l'action redhibitoire pour les vices des chevaux & des vaches, après quarante jours depuis la tradition. Mornac, *ad* L. 19, §. *fin.* ff. *de Ædil. ed.*, atteſte que de ſon temps elle ſe preſcrivoit par le laps de neuf jours. La Coutume du Bourbonnois, *art.* 87, la borne à huit jours. L'action redhibitoire pour les tonneaux futés, eſt auſſi bornée à un certain temps qui n'eſt pas bien certain. Il y en a qui prétendent qu'elle ne doit plus être admiſe après la S. André.

ARTICLE VI.

De l'action quantò minoris.

232. Les vices redhibitoires ne donnent pas ſeulement lieu à l'action redhibitoire ; ils donnent auſſi lieu à l'action qui eſt appellée en Droit *æſtimatoria*, ou *quantò minoris*, & l'acheteur a le choix de l'une ou de l'autre. Cette action *quantò minoris* ; conſiſte à demander contre le vendeur, qu'il faſſe diminution ſur le prix de ce qu'on eſtimera que la choſe, par rapport à ce vice, vaut de moins qu'elle n'a été vendue.

Cette action *quantò minoris*, pour raiſon des vices redhibitoires, a lieu dans les mêmes cas où l'action redhibitoire a lieu. Les mêmes fins de non-recevoir qui excluent l'action redhibitoire, excluent auſſi celle-ci. Cependant par le Droit Romain, l'action *quantò minoris* étoit de plus longue durée, & ne ſe preſcrivoit que par un an ; mais parmi nous l'action *quantò minoris*, pour raiſon des vices redhibitoires, ſe preſcrit par le même-temps que l'action redhibitoire ; *Mornac, au lieu ci-deſſus cité.*

CHAPITRE II.

Des engagemens du Vendeur qui réſultent de la bonne foi.

NOUS examinerons, 1°. ſi la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conſcience, non-ſeulement à n'uſer d'aucun menſonge, mais même d'aucune réticence ſur tout ce qui concerne la choſe vendue, & à quoi la réticence l'oblige : 2°. Quelle réticence oblige le vendeur dans le for exté-

rieur, & à quoi : 3°. Si le vendeur eſt obligé, au moins dans le for de la conſcience, de ne rien diſſimuler, même des circonſtances extrinſeques que l'acheteur a intérêt de ſçavoir : 4°. Si le vendeur peut, dans le for de la conſcience, vendre quelquefois au-delà du juſte prix.

ARTICLE PREMIER.

Si la bonne foi oblige le Vendeur, au moins dans le for de la conſcience, à n'uſer non-ſeulement d'aucun menſonge, mais même d'aucune réticence ſur tout ce qui concerne la choſe vendue ; & à quoi la réticence l'oblige.

233. Quoique dans pluſieurs affaires de la ſociété civile, les regles de la bonne foi ſe bornent à nous défendre de mentir, & nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auroient intérêt de ſçavoir, lorſque nous avons un égal intérêt de ne le leur pas découvrir ; néanmoins dans les contrats intéreſſés, du nombre deſquels eſt le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas ſeulement tout menſonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons, a intérêt de ſçavoir touchant la choſe qui fait l'objet du contrat.

La raiſon eſt que la juſtice & l'équité dans ces contrats conſiſte dans l'égalité. Tout ce qui tend à la bleſſer, eſt donc contraire à l'équité. Il eſt évident que toute réticence de la part d'un des contractans, de tout ce que l'autre auroit intérêt de ſçavoir touchant la choſe qui fait l'objet du contrat, bleſſe cette égalité. Car dès que l'un a plus de connoiſſance que l'autre, touchant cette choſe, il a plus d'avantage que l'autre à contracter : il ſçait mieux ce qu'il fait que l'autre, & par conſéquent l'égalité ne ſe trouve plus dans le contrat.

En faiſant l'application de ces principes au contrat de vente, il s'enſuit que le vendeur eſt obligé de déclarer tout ce qu'il ſçait touchant la choſe vendue à l'acheteur, qui a intérêt de le ſçavoir ; & qu'il péche contre la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, lorſqu'il lui en diſſimule quelque choſe.

C'eſt ce qu'enſeigne Florentinus en la Loi 43, §. 2, ff. *de contr. empt. Dolum malum à ſe abeſſe præſtare venditor debet, qui non tantum in eo eſt qui fallendi cauſâ obſcurè loquitur, ſed etiam qui inſidiosè obſcurè diſſimulat.*

234. Suivant ces principes, un vendeur eſt obligé de ne rien diſſimuler des défauts de la choſe qu'il vend, qui ſont à ſa connoiſſance, quoique ces défauts ne ſoient pas des vices redhibitoires, mais les défauts dont l'acheteur n'auroit pas été reçu à ſe plaindre, ſi le vendeur qui ne les a pas déclarés, les eût ignorés. *Cum ex XII. tabulis*, dit Ciceron, *Lib. 3, t. de off., ſatis eſſet cautum ea præſtare quæ eſſent linguâ nuncupatâ ; à Juriſconſultis etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta, quicquid enim inſit prædio vitii, id ſtatuerunt, ſi venditor ſciret, niſi nominatim dictum eſſet, præſtare oportere.* Le vendeur eſt tenu en ce cas *in id quanti (emptoris) intererit ſciſſe* ; L. 4, ff. *de act. empt.* ; & même cette réticence peut quelquefois donner lieu à la reſciſion du contrat ; L. 11, §. 5, ff. *dict. tit.*

235. Cette déciſion doit avoir lieu, quoique le vendeur qui a caché le défaut de la choſe, ne l'ait pas vendue au-delà de ce qu'elle vaut avec ce défaut. La raiſon eſt que celui qui me vend une choſe, n'a pas droit d'exiger de moi le prix qu'elle vaut au plus cher, ſi je ne conſens pas de l'acheter pour ce prix : il n'a droit d'exiger de moi que le prix pour lequel j'ai bien voulu l'acheter, & il ne doit pas uſer d'artifice pour me faire conſentir à l'acheter plus que je n'aurois voulu l'acheter, ſi j'euſſe ſçu le défaut qu'il m'a malicieuſement caché.

236. La bonne foi oblige le vendeur, non-ſeulement à ne rien diſſimuler des vices intrinſeques de la choſe, mais en général à ne rien diſſimuler de tout ce qui concerne la choſe, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter, ou à ne pas acheter ſi cher. Par exemple, l'acheteur a action ſi on lui a caché un mauvais voiſinage de l'héritage qu'on lui a vendu, qui l'eût empêché de l'acheter s'il en eût eu connoiſſance : *Si quis in vendendo prædio confinem celaverit, quem emptor, ſi audiſſet, empturus non eſſet, teneri venditorem ;* L. 15, §. 8, ff. *de contr. empt.*

237. Ces principes des Juriſconſultes Romains, ſont plus exacts & plus conformes à la juſtice, que la déciſion de S. Thomas, qui permet au vendeur de diſſimuler le vice de la choſe, ſi ce n'eſt en deux cas ; 1°. ſi ce vice étoit de nature à pouvoir cauſer quelque dommage à l'acheteur : 2°. s'il profitoit de cette diſſimulation pour vendre la choſe plus qu'elle ne vaut. C'eſt ce qu'il décide 11, 2, 77, *art.* 3. Cette déciſion ſe trouve encore en ſes queſtions quodlibétiques 11, 10. *Si vitium*, dit-il, *non faciat rem minus valere quàm pretium impoſitum, quia fortè venditor minus pretium imponit propter vitium, tunc non peccat tacens vitium, quia venditio non eſt injuſta, & fortè eſſet ſibi damnoſum ſi vitium diceret, quia emptor vellet habere rem minori pretio quàm valeret.* Cette déciſion de S. Thomas ne me paroît pas juſte. De même que le vendeur eſt parfaitement libre de vendre ou de ne pas vendre, il doit laiſſer à l'acheteur une parfaite liberté d'acheter ou de ne pas acheter, même pour le juſte prix. Si ce prix ne convient pas à l'acheteur, c'eſt donc une injuſtice que de tendre un piége à cette liberté dont l'acheteur doit jouir, en lui cachant un vice de la choſe, pour lui faire acheter cette choſe qu'il n'eût pas voulu acheter pour le prix qu'on lui a vendue, s'il eût connu le vice.

ARTICLE II.

Quelle réticence oblige dans le for extérieur, & à quoi.

238. Quoique ce ſoit par rapport au for extérieur, que les Juriſconſultes Romains aient établi les principes que nous venons de rapporter, touchant l'obligation en laquelle eſt le vendeur de ne rien diſſimuler à l'acheteur de ce qui concerne la choſe vendue, & qu'ils doivent être exactement ſuivis dans le for de la conſcience ; néanmoins on les obſerve peu dans nos Tribunaux, & un acheteur n'y eſt pas facilement écouté à ſe plaindre qu'on lui a caché quelque vice de la choſe vendue, lorſque le vice n'eſt pas un vice redhibitoire. L'intérêt du commerce ne permettant pas d'admettre facilement les parties à

revenir

revenir contre les marchés qui ont été conclus, elles doivent s'imputer de ne s'être pas mieux informées des défauts que la choſe vendue pouvoit avoir.

239. Il y a néanmoins certaines réticences, touchant la choſe vendue, qui ont mérité l'attention des Loix, & qui obligent le vendeur dans le for extérieur. Ce ſont celles par leſquelles le vendeur diſſimuleroit la connoiſſance qu'il a que la choſe qu'il vend ne lui appartient pas, ou qu'elle ne lui appartient pas irrévocablement, ou qu'elle eſt ſujette à certaines charges, rentes ou hypotheques ſpéciales.

Henri II a porté une Loi contre cette eſpece de dol, dans l'Ordonnance de 1553, Art. 15, où il eſt dit que les vendeurs ſeront tenus de déclarer les charges, rentes, hypotheques ſpéciales dont les héritages par eux vendus ſeront chargés, ſur peine d'être tenus pour faux vendeurs de ce qui ſera de leur fait, & dont ils auront eu connoiſſance, & pour ce punis des peines de droit.

Cette Ordonnance paroît dire que le vendeur en ce cas pourroit être pourſuivi criminellement comme pour crime de faux; ce qui ne ſe pratique pas. Toute la peine de ce dol aujourd'hui, conſiſte en ce que l'acheteur auſſi-tôt qu'il aura découvert que la choſe vendue n'appartenoit pas au vendeur, ou étoit chargée de quelque hypotheque ſpéciale, ou de quelque rente fonciere conſidérable, peut, ſans attendre qu'il lui ſoit formé à ce ſujet aucune éviction, intenter demande contre le vendeur qui en a eu connoiſſance & ne l'a point déclarée, pour faire reſcinder le contrat de vente, & conclure contre lui à ce qu'il ſoit condamné par corps à la reſtitution du prix, & en tous ſes dommages & intérêts. En cela il y a deux différences entre ce vendeur de mauvaiſe foi, & celui qui a ignoré que la choſe ne lui appartenoit pas, ou qui a ignoré les charges; car ce dernier eſt bien tenu à la vérité en cas d'éviction, des dommages & intérêts de l'acheteur, mais il n'y eſt condamné que civilement & non pas par corps; & en cela conſiſte la premiere différence entre ce vendeur, & le vendeur de mauvaiſe foi. La ſeconde différence conſiſte en ce que le vendeur de bonne foi qui a ignoré que la choſe ne lui appartenoit pas, ou qui en a ignoré les charges, n'eſt ſujet au recours de l'acheteur que du jour que l'acheteur eſt troublé par quelqu'un dans la libre poſſeſſion de la choſe vendue. Tant que l'acheteur n'eſt point troublé, il ne peut agir contre ſon vendeur qui n'eſt pas obligé préciſément à lui transférer la propriété de la choſe vendue, mais ſeulement à lui en faire avoir la libre poſſeſſion, *præſtare emptori habere licere*, & à le garantir de tous troubles; & qui par conſéquent remplit ſon engagement, tant que l'acheteur n'eſt point troublé & que *habere ei licet*. Au contraire, lorſque le vendeur a eu connoiſſance que la choſe ne lui appartenoit pas, ou en a connu les charges qu'il a diſſimulées à l'acheteur; en ce cas l'acheteur peut, comme nous l'avons dit ci-deſſus, former incontinent ſon action contre ce vendeur, parce que le dol qu'il a commis par ſa diſſimulation, donne ouverture à cette action, *in id quanti tuâ interest non esse deceptum*; ce qui peut aller, comme nous l'avons dit, juſqu'à la reſciſion du contrat.

240. Obſervez que lorſqu'entre pluſieurs vendeurs, il y en a qui ont connu les vices de la choſe, & d'autres qui ne l'ont pas connu; comme ce ſont ceux qui l'ont connu qui ont ſeuls commis le dol, ils ſont ſeuls tenus de cette action; & quoiqu'ils n'aient pas vendu ſolidairement, ils ſont tenus ſolidairement

chacun pour le total, à la reſtitution du prix & aux dommages & intérêts de l'acheteur ; Molin. *Tract. de div. & indiv. p.* 3, *n.* 201, *& ſeqq.* Cela eſt conforme à un principe général, que le dol oblige toujours ſolidairement ceux qui l'ont commis. En cela le dol, comme le remarque Dumoulin, differe de la ſimple faute qui n'oblige ceux qui l'ont commiſe, que chacun pour leur part, ſi ce n'eſt dans les obligations de choſes ou de faits indiviſibles, *ut in obligatione ſuſceptæ cuſtodiæ.*

ARTICLE III.

Si la bonne foi oblige le vendeur, au moins dans le for de la conſcience, à ne rien diſſimuler des circonſtances extrinſeques que l'acheteur a intérêt de ſçavoir.

241. Cicéron, en ſon troiſieme Livre des Offices, a traité cette queſtion dans l'eſpece d'un Marchand, qui étant arrivé à Rhodes dans un temps de diſette avant un grand nombre d'autres vaiſſeaux chargés de bled, expoſe le ſien au marché. Il demande s'il eſt obligé de donner la connoiſſance aux acheteurs, qu'il y a un grand nombre d'autres vaiſſeaux en chemin d'arriver ? Il rapporte ſur cette queſtion les ſentimens de deux Philoſophes Stoïciens, Diogenes & Antipater. Diogenes penſoit que ce Marchand pouvoit licitement diſſimuler la connoiſſance qu'il avoit des vaiſſeaux qui étoient ſur le point d'arriver, & vendre ſon bled au prix courant. Antipater ſon diſciple, dont Ciceron paroît adopter le ſentiment, penſoit au contraire que cette diſſimulation étoit contraire à la bonne foi. La raiſon ſur laquelle il ſe fondoit, eſt que l'union qui doit être entre les hommes, l'amour que nous devons avoir les uns pour les autres, ne nous permet point de préférer notre intérêt particulier à l'intérêt des autres particuliers ; d'où il ſuit que quoiqu'on puiſſe taire certaines choſes par prudence, on ne peut pas néanmoins taire pour ſon profit, ce que ceux avec leſquels nous contractons, ont intérêt de ſçavoir : *Hoc celandi genus*, dit-il, *non aperti, non ſimplicis, non ingenui, non juſti, non viri boni : verſuti potiùs, obſcuri, aſſuti, fallacis, malitioſi, callidi, veteratoris, vafri.*

Cette queſtion ne concerne que le for de la conſcience ; car il n'eſt pas douteux que dans le for extérieur, un acheteur n'eſt pas écouté à ſe plaindre que le vendeur ne l'a pas inſtruit des circonſtances extrinſéques à la choſe vendue, quelque intérêt qu'eût l'acheteur de les ſçavoir. La déciſion de Cicéron ſouffre beaucoup de difficulté, même dans le for de la conſcience. La plupart de ceux qui ont écrit ſur le Droit Naturel, ont regardé cette déciſion comme outrée.

Ces Auteurs penſent que la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente, n'oblige le vendeur à autre choſe qu'à faire connoître à l'acheteur la choſe qu'il lui vend pour ce qu'elle eſt, ſans lui rien diſſimuler de ſes défauts, & à ne la pas vendre au-delà du prix qu'elle a lors du contrat ; qu'il ne commet aucune injuſtice en la vendant à ce prix, quoiqu'il ſçache que ce prix doive de beaucoup diminuer par la ſuite ; qu'il n'eſt pas obligé de faire part à l'acheteur de la connoiſſance qu'il a des circonſtances qui doivent cauſer cette diminution ; l'acheteur n'ayant pas plus de droit d'exiger de lui qu'il lui faſſe part de cette

connoiſſance, que d'exiger qu'il lui faſſe part de ſon bien. S'il la lui faiſoit, ce ſeroit un acte gratuit de bénéficence qu'il n'eſt obligé d'exercer qu'envers ceux qui ſont dans le beſoin, tels que nétoient pas les Rhodiens qui ne manquoient que de bled, & qui ne manquoient pas d'argent pour acheter celui que ce Marchand leur vendoit. Le profit qu'il fait en vendant ſon bled au prix qu'il vaut aujourd'hui, quoiqu'il ſçache qu'il vaudra beaucoup moins dans peu, n'a rien d'injuſte; c'eſt une juſte récompenſe de la diligence qu'il a faite pour arriver le premier, & du riſque qu'il a couru de perdre ſur ſa marchandiſe, ſi quelque accident auquel il étoit expoſé l'eût empêché d'arriver à temps. Il n'eſt pas plus défendu de vendre au prix courant une marchandiſe, ſans avertir des circonſtances qui la doivent faire diminuer, que de l'acheter au prix courant ſans avertir des circonſtances qui la doivent faire augmenter. Or on ne s'eſt jamais aviſé d'accuſer d'injuſtice Joſeph, qui profita de la connoiſſance qu'il avoit des années de ſtérilité, pour faire acheter à Pharaon la cinquieme partie des bleds de ſes Sujets au prix courant, ſans les avertir de ces années de ſtérilité qui devoient arriver.

Nonobſtant ces raiſons & ces autorités, j'aurois de la peine à excuſer d'injuſtice le profit que retireroit un vendeur de la réticence de quelque fait qui doit cauſer une diminution dans le prix, lorſque cette diminution doit être très-conſidérable, & qu'elle doit certainement arriver au bout d'un très-court intervalle de temps, telle que ſeroit la connoiſſance que ce Marchand auroit eue, qu'il y avoit une flotte chargée de bled prête à entrer dans peu de jours dans le port de Rhodes, qui devoit certainement cauſer une diminution conſidérable ſur le prix du bled. Dans le contrat de vente, de même que dans tous les contrats commutatifs, l'équité veut que ce que chacune des parties donne, ſoit l'équivalent de ce qu'elle reçoit, & que l'une des parties ne veuille pas profiter aux dépens de l'autre. Or dans l'eſpece de ce Marchand qui, en diſſimulant la connoiſſance qu'il a de ce fait, vend ſon bled pour le prix de cent livres le muid, qui eſt aujourd'hui le prix courant; ce Marchand peut-il, ſans ſe faire illuſion, ſe perſuader que ce bled qu'il ſçait ne devoir valoir dans deux jours que vingt livres, ſoit l'équivalent de cent livres qu'il reçoit. Vous direz qu'il ſuffit qu'au temps du contrat il vaille le prix de cent livres pour lequel il le vend. Je réponds: une choſe qui a, à la vérité, une valeur préſente & momentanée de cent livres, mais qu'il ſçait certainement devoir être réduite dans deux jours à vingt livres, peut-elle, eu égard à la connoiſſance qu'il a, être par lui regardée ſérieuſement comme véritablement équivalente à l'argent qu'il reçoit, qui vaudra toujours cent livres? N'eſt-ce pas vouloir par cette réticence profiter & s'enrichir aux dépens des acheteurs, que de leur faire par cette réticence acheter une choſe, ſur laquelle il eſt certain qu'ils doivent dans deux jours perdre les quatre cinquiemes?

ARTICLE IV.

Si le vendeur peut, dans le for de la conſcience, vendre quelquefois au-delà du juſte prix.

§. I.

Regle générale, & quel eſt le juſte prix.

242. Le juſte prix des choſes, eſt le prix auquel les choſes de pareille nature & bonté, ont coutume de ſe vendre dans les lieux où elles ſont ſituées, ſi ce ſont des héritages; ou dans le lieu où elles ſont expoſées en vente, ſi ce ſont des choſes mobiliaires.

Par exemple, le juſte prix d'une métairie compoſée de terres labourables & de prés, doit ſe régler ſur celui que ſe vend communément l'arpent de terre labourable ou l'arpent de pré de pareille bonté, dans la Province où cette métairie eſt ſituée.

Le juſte prix d'une aune d'étoffe d'une certaine qualité, eſt celui que les étoffes de même qualité ont coutume de ſe vendre dans le lieu.

Comme ces choſes ne ſe vendent pas toujours préciſément pour la même ſomme, mais *circùm circà* plus ou moins, le juſte prix de ces choſes ne conſiſte pas dans un point fixe & indiviſible, comme le prix de celles qui ſont taxées par le Juge de Police: mais il y a une certaine étendue; on y diſtingue le *pretium medium* qui eſt celui auquel elles ſe vendent le plus ordinairement; le *pretium ſummum*, & le *pretium infimum*, qui ſont ceux juſqu'auxquels elles ſe vendent au-deſſus ou au-deſſous du *pretium medium*.

Cette étendue de juſte prix eſt plus ou moins grande, ſelon la différente nature des choſes. Celui des choſes dont le commerce eſt fréquent & journalier, telles que ſont les marchandiſes les plus communes, a ordinairement peu d'étendue. Au contraire le juſte prix des choſes, dont le commerce n'eſt pas journalier, a ordinairement plus d'étendue: le juſte prix d'un genre de choſes qui ſe reſſemblent aſſez toutes, a ordinairement moins d'étendue que celui des choſes d'un autre genre qui ſe différencient entr'elles. Par exemple, le juſte prix d'une vache d'une bonté commune, a ordinairement moins d'étendue que le juſte prix d'un cheval.

Il y a de certaines choſes dont on ne peut gueres déterminer le juſte prix. Telles ſont certaines choſes précieuſes extrêmement rares; car le juſte prix d'une choſe, ſuivant que nous l'avons dit au commencement, ſe réglant ſur celui auquel ont coutume de ſe vendre celles d'une pareille nature & bonté, & auxquelles par conſéquent cette choſe peut être comparée, il s'enſuit que le juſte prix d'une choſe unique en ſon eſpece, & incomparable, ne peut être déterminé.

Ces choſes qui n'ont aucun prix déterminé peuvent ſe vendre au prix qu'on veut bien en donner, quel qu'il ſoit; on ne peut pas dire qu'elles ſont vendues trop cher & au-delà de leur juſte prix.

A l'égard des choſes qui ont un juſte prix, les parties peuvent bien ſe

débattre du prix, pourvu qu'elles ne ſortent pas de l'étendue qu'a ce juſte prix. Par exemple, ſi le juſte prix du cheval que vous me vendez, eſt de dix-huit à vingt piſtoles, vous pouvez licitement me le vendre vingt piſtoles, ſi je conſens de vous en donner ce prix ; comme je puis l'acheter licitement pour le prix de dix-huit piſtoles, ſi vous voulez bien me le donner pour ce prix. Mais ordinairement il n'eſt pas permis de le vendre plus de vingt piſtoles, qui eſt le *ſummum pretium*, comme il n'eſt pas permis de l'acheter au-deſſous de dix-huit, qui eſt le *pretium infimum*.

Ce principe n'a lieu que dans le for de la conſcience, il n'eſt pas ſuivi dans le for extérieur. Un acheteur n'y eſt pas ordinairement reçu à ſe plaindre qu'il a acheté plus cher que le juſte prix, étant de l'intérêt du commerce que les parties ne ſoient pas facilement admiſes à revenir contre leur marché.

§. II.

Deux cas auxquels on peut vendre au-delà du juſte prix.

Premier cas.

243. On peut quelquefois licitement, même dans le for de la conſcience, vendre au-delà du juſte prix, pour un prix qu'on appelle *prix d'affection*.

Par exemple, j'ai un héritage qui eſt à votre convenance, & que je n'ai pas deſſein de vendre. Vous me propoſez de vous le vendre pour une ſomme qui eſt au-delà du juſte prix ; j'y conſens : cette vente que je vous en fais en ce cas pour une ſomme au-delà du juſte prix, eſt licite. Ce que je reçois en ce cas de plus que le juſte prix, je ne le reçois pas ſans ſujet & injuſtement ; c'eſt le prix de l'affection que j'avois pour cet héritage, c'eſt le prix de l'intérêt que j'ai de garder mon bien plutôt que de le vendre pour de l'argent dont je ferois peut-être un mauvais emploi. Je puis licitement recevoir le prix de l'affection que j'ai pour mon héritage, & de l'intérêt que j'ai de le garder, n'étant pas obligé de vous ſacrifier cela pour rien, pour votre convenance, & pour vous faire plaiſir.

244. Pour que je puiſſe licitement recevoir quelque choſe comme prix d'affection au-delà du juſte prix de l'héritage que je vous vends, il faut que lorſqu'on m'a fait la propoſition, je ne fuſſe pas dans le deſſein de le vendre. Si la ſituation de mes affaires m'obligeoit à le vendre, je ne puis rien recevoir au-delà du juſte prix ; car on ne peut dire en ce cas que ce que je reçois au-delà, ſoit le prix de l'affection & de l'intérêt que j'avois à retenir cet héritage, puiſqu'on ſuppoſe que je ne voulois pas le retenir : je ne donnerois donc rien en ce cas pour ce que je reçois au-delà du juſte prix, & en ce cas l'équité qui doit régner dans le contrat de vente, de même que dans tous les autres contrats commutatifs, eſt bleſſée.

On dira peut-être : ce que je reçois en ce cas au-delà du juſte prix n'eſt pas reçu ſans cauſe & pour rien ; c'eſt le prix de la convenance & de l'intérêt que vous avez d'acquérir cet héritage. La réponſe eſt que dans les contrats commutatifs, la valeur de ce que je puis licitement recevoir ne ſe regle que ſur la valeur de ce que je donne, & non pas ſur la valeur de l'intérêt

qu'a l'autre partie d'acquérir ce que je lui donne, la nature de ce contrat étant que chacun reçoive le juſte équivalent de ce qu'il donne. Mais, dira-t-on, je vous fais plaiſir en vous vendant cette choſe que vous aviez un grand intérêt d'avoir, je n'étois pas obligé de vous faire ce plaiſir, j'aurois pu vendre la choſe à un autre qui m'en auroit, comme vous, donné le juſte prix; ne m'eſt-il pas permis de vous vendre un plaiſir que je n'étois pas obligé de vous faire? Non, car c'eſt une regle de juſtice, que nous ne pouvons exiger pour le plaiſir que nous faiſons à quelqu'un, que ce qu'il nous en coûte pour le lui faire. Cette regle derive du précepte qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes. C'eſt en conſéquence de cette regle, qu'il n'eſt permis d'exiger aucuns intérêts lucratoires pour la récompenſe du plaiſir qu'on a fait à quelqu'un en lui prêtant de l'argent. Il ne ſuffit donc pas, pour que je puiſſe recevoir licitement quelque choſe au-delà du juſte prix de la choſe que je vous vends, que vous ayiez eu intérêt de l'acquérir même au-delà de ſon juſte prix; il faut que j'aie eu de mon côté intérêt de la retenir, comme dans le cas auquel j'abandonne l'affection & l'intérêt qui me portoient à la retenir.

Saint Thomas 11, 2, *q.* 77, *a.* 1, décide cette queſtion conformément au principe que nous avons établi. Après avoir dit *cariùs vendere vel viliùs emere rem quàm valeat, eſt ſecundùm ſe injuſtum & illicitum.* Il ajoute; *alio modo poſſumus loqui de emptione venditione, ſecundùm quod per accidens cedit in utilitatem unius & detrimentum alterius;* putà, *cùm aliquid multum indiget rem habere aliquam, & alius lædìtur, ſi eâ careat; in tali caſu juſtum pretium erit, ut non ſolùm reſpiciatur ad rem quæ venditur, ſed ad damnum quod venditor ex venditione incurrit; & ſic licitè poterit aliquid vendi pluris quàm valeat ſecundùm ſe, quamvis non vendatur, plus quàm valeat habenti. Si verò aliquis multum juvetur ex re alterius quam accepit; ille verò qui vendit non damnificetur carendo re illâ, non debet eam ſupervenire, quia utilitas quæ ei accreſcit non eſt ex vendente, ſed ex conditione ementis; nullus autem poteſt vendere alteri quod non eſt ſuum; licet poſſit ei vendere damnum quod patitur.*

245. Lorſque j'avois deſſein de garder la choſe que vous m'avez propoſé de vous vendre, je puis à la vérité recevoir licitement quelque choſe au-delà de ſon juſte prix, mais il faut pour cela, 1°. que vous ayez connoiſſance du juſte prix de cette choſe, & que ce que vous me donnez de plus, vous me le donniez ſciemment comme le prix de l'affection & de l'intérêt que j'avois de garder cette choſe dont je veux bien me départir en votre faveur; mais ſi vous n'aviez pas connoiſſance du juſte prix de la choſe, ſi toute la ſomme que vous donnez, ne m'eſt donnée par vous que comme le juſte prix de la choſe en ſoi; ſi vous n'avez d'autre intention que d'acquérir de moi la choſe pour la ſomme que vous croyez être ſon juſte prix, & que vous n'ayez pas intention de racheter de moi l'affection & l'intérêt que j'avois de retenir cette choſe, en ce cas je reçois injuſtement ce que je reçois au-delà du juſte prix; car je ne puis être cenſé en ce cas le recevoir comme le prix de l'affection & de l'intérêt que j'avois de retenir la choſe, puiſque je ne puis pas recevoir de vous le prix de ce que vous n'avez pas intention d'acheter.

246. Il faut, 2°. que ce que je reçois pour le prix de l'affection & de l'intérêt que j'avois de retenir la choſe, ne ſoit pas immenſe, & n'excede pas la ſomme à laquelle dans ma conſcience j'eſtimerois moi-même cette affection & cet intérêt. Pour faire cette eſtimation, il faut que je deſcende dans moi-même, & que j'examine quelle eſt la ſomme dont je me ſerois contenté au-delà du juſte prix, pour conſentir à la vente de ma choſe, ſi on n'eût voulu m'en donner que cette ſomme; car en ce cas, ſelon mon propre jugement, cette ſomme eſt le véritable prix de l'affection & de l'intérêt que j'avois de retenir la choſe, & par conſéquent je ne puis licitement recevoir davantage pour le prix de cette affection & de cet intérêt.

SECOND CAS.

Le ſecond cas auquel il eſt permis de vendre au-delà du juſte prix, c'eſt lorſqu'un Marchand qui a la volonté de garder une certaine marchandiſe juſqu'à un certain temps auquel il a un juſte ſujet de croire qu'elle augmentera, conſent à la priere de quelqu'un qui en a beſoin, de la lui vendre. Il peut en ce cas ſtipuler licitement une ſomme au-delà du juſte prix préſent, qui ſoit le prix de l'intérêt qu'il avoit de la garder, qu'il n'eſt pas obligé de ſacrifier pour rien à cet acheteur. Mais il faut que cette ſomme n'excede pas celle à laquelle peut être apprécié l'intérêt que ce Marchand avoit de garder ſa marchandiſe. Cet intérêt s'eſtime plus ou moins, ſelon le plus ou moins de degrés de vraiſemblance du profit qu'il eſpéroit; mais il doit toujours s'apprécier beaucoup au-deſſous du profit qu'il eſpéroit, l'eſpérance du profit qui n'eſt pas encore né, n'étant jamais entiérement certaine, ni par conſéquent de même valeur que le profit qui ſeroit déja né.

Voyez ce cas dans la Th. mor. de Grenoble, Tr. 3, ch. 2; dans le Tr. de la reſtitution de la Placette, p. 542.

§. III.

Peut-on vendre au-delà du juſte prix ce qu'on vend à crédit.

247. Lorſque les marchandiſes qui ſe vendent à un certain terme, ont, ſuivant le cours, un certain prix qui eſt plus fort que le prix de celles qui ſe vendent au comptant, & que celui de celles qui ſe vendent à un moindre terme, le Marchand peut licitement ſuivre ces différens prix. La raiſon eſt que ce qu'il reçoit au-delà du prix au comptant, eſt l'indemnité du préjudice qu'il ſouffriroit ſans cela du terme qu'il accorde; car étant obligé, à meſure qu'il débite ſes marchandiſes, d'en acheter d'autres pour les remplacer & garnir ſa boutique; lorſqu'il les vend à crédit, celles qu'il achetera pour les remplacer lui coûteront plus qu'elles ne lui coûteroient, ſi ayant vendu les ſiennes au comptant, il pouvoit les acheter au comptant; d'où il ſuit qu'il ſouffriroit un préjudice manifeſte, s'il ne vendoit pas plus les ſiennes à crédit qu'au comptant: le crédit qu'il fait ne doit pas lui être préjudiciable, *officium ſuum nemini debet eſſe damnoſum.* Il peut par conſéquent s'en faire indemniſer, en augmentant le prix des marchandiſes qu'il vend à crédit, à proportion de ce qu'il eſt obligé lui-même de les acheter de plus qu'au comptant.

248. Obſervez qu'il faut que ce que le vendeur vend au-delà du prix au comptant, n'excede pas le préjudice qu'il ſouffre du crédit qu'il accorde à l'acheteur ; car il peut bien licitement s'indemniſer, mais il ne doit pas profiter du crédit qu'il fait à l'acheteur, ni de l'indigence de l'acheteur. Le vendeur n'a ſur-tout aucun reproche à ſe faire lorſqu'il eſt dans cette diſpoſition de volonté. Si le marché étoit à ſon choix, il aimeroit mieux vendre au comptant que de faire le marché qu'il fait à crédit pour un prix plus cher que le prix du comptant ; car il eſt viſible en ce cas que ce qu'il vend de plus cher, n'eſt pas un profit qu'il retire du crédit qu'il fait, mais une indemnité de ce qu'il en ſouffre.

249. Lorſqu'il eſt d'uſage dans une Province, que les particuliers accordent un certain terme aux Marchands, lorſqu'ils leur vendent leur bois ou le vin de leur récolte, le prix auquel ils vendent à ce terme eſt le juſte prix, quoiqu'il ſoit plus plus cher que celui de quelques particuliers qui ayant beſoin d'argent, vendent au comptant ; car ce terme étant d'uſage, & le marché fait à ce terme étant un marché fait aux conditions ordinaires, le prix de ce marché eſt le prix commun & ordinaire, & par conſéquent le juſte prix. Ces particuliers ne ſont point cenſés tirer profit du terme qu'ils accordent, leur marché étant un marché fait aux conditions ordinaires ; ce ſont plutôt les Marchands qui achetent pour un prix moindre au comptant, qui tirent profit de l'avance & repréſentation qu'ils font de leur argent, & ce profit n'eſt juſte que juſqu'à concurrence de ce qu'ils ſouffrent de l'avance qu'ils font du prix avant le terme ordinaire.

§. IV.

Si dans le for extérieur l'acheteur peut quelquefois ſe plaindre de l'excès du prix.

Nous avons traité cette queſtion dans la Partie V, où nous renvoyons.

CHAPITRE III.

Des obligations du Vendeur, réſultantes des clauſes particulieres du Contrat.

CE qui eſt exprimé par le contrat, touchant la quantité, la qualité de la choſe vendue, le temps & le lieu de la tradition, forme des engagemens dans la perſonne du vendeur.

Nous avons déja parlé dans la premiere Partie, du temps & du lieu ; il nous reſte à traiter des clauſes qui concernent la quantité & la qualité de la choſe vendue : nous traiterons auſſi de l'engagement que contracte le vendeur dans les ventes à l'eſſai, & de la clauſe qu'il ſera fait emploi du prix.

ARTICLE

ARTICLE PREMIER.

De la quantité de la choſe vendue.

260. Lorſque la choſe vendue ſe trouve d'une moindre contenance que celle exprimée par le contrat, le vendeur eſt obligé envers l'acheteur de lui faire raiſon de ce défaut de contenance. Comme ſi, par exemple, en vendant une métairie on a exprimé qu'elle étoit de trois cens arpens de terres labourables, & qu'il ne s'en trouve que deux cens cinquante: ſi l'on a vendu une cuve comme étant de la contenance de quinze pieces de vin, & qu'elle n'en contienne que douze.

251. Pour connoître ſi le vendeur a rempli à cet égard ſes engagemens, il faut ſçavoir ce qui doit être compris dans la contenance exprimée par le contrat: il faut tenir pour regle qu'on ne doit comprendre dans la contenance que ce qui fait partie de la choſe vendue, à moins qu'on ne ſoit convenu du contraire. C'eſt pourquoi ſi on m'a vendu un champ qu'on a déclaré être de dix arpens, & que ce champ ſoit traverſé par un chemin public; quoique le chemin ſoit renfermé dans le champ, néanmoins il ne doit point être compté dans le meſurage du champ, & le champ doit contenir les dix arpens non compris le chemin; à moins qu'il ne fût dit expreſſément que le champ contenoit dix arpens y compris le chemin; car ce chemin étant public, ne fait point partie de la choſe vendue; L. 51, ff. *de contr. empt.*; L. 7, §. 1, *de per. rei. vend.*

252. Lorſqu'on vend une maiſon & cinq arpens de vignes en dépendans, on doit comprendre dans les cinq arpens les haies & foſſés. Car ce qui ſert à la clôture de l'héritage, fait partie de ce qui eſt vendu, & par conſéquent doit être compris, à moins qu'il ne fût dit expreſſément qu'il y avoit cinq arpens, non compris les haies & les foſſés: *quod venditur in modum cedit, niſi id actum eſt ne cederet*; d. L. §. 1.

253. En déclarant la contenance d'un héritage on ajoute quelquefois ces termes, *ou environ*. Par exemple, cinq arpens de vignes *ou environ*, cent arpens de bois *ou environ*, *&c.*

Le ſens de ces termes eſt que le vendeur ne ſera pas tenu du défaut de contenance, lorſque ce défaut ſera peu conſidérable: par exemple, ſi ſur cinq arpens de vignes, il ne manque que huit ou dix perches, car cinq arpens à ſi peu de choſe près ſont vraiment *cinq arpens ou environ*. Mais ſi le défaut étoit conſidérable, comme ſi ſur les cinq arpens il s'en manquoit un demi-arpent, ces termes *ou environ* n'empêcheroient pas que le vendeur ne fut tenu du défaut de contenance.

254. De même que le vendeur eſt tenu de faire raiſon à l'acheteur du défaut de contenance, lorſqu'elle ſe trouve moindre que celle exprimée; *vice versâ*, l'acheteur ſera-t-il tenu de faire raiſon du ſurplus ſi elle ſe trouve plus grande? Il faut dire que non. La raiſon eſt que le champ, par exemple, qu'on a par erreur déclaré être de dix arpens, quoiqu'il fut de onze arpens, a été vendu entier; l'intention des parties n'a pas été qu'il en fut rien excepté. La clauſe par laquelle le vendeur aſſure qu'il eſt de la contenance de dix arpens, n'eſt qu'en

faveur de l'acheteur; c'eſt le vendeur ſeul qui promet & qui s'engage. L'acheteur, par cette clauſe, ne contracte aucun engagement, & par conſéquent ne peut être tenu de faire raiſon du ſurplus de la contenance.

Non-ſeulement il n'en eſt pas tenu; mais ſi une petite portion du champ étoit évincée à l'acheteur, quoique ce qui lui reſte eût la contenance portée par le contrat, le vendeur ne laiſſeroit pas d'être tenu de l'éviction de cette partie. C'eſt la déciſion de la Loi 45, ff. *de evict.*, & c'eſt une ſuite du principe que nous venons d'établir. En effet, dès que la déclaration de la contenance ne contient de la part du vendeur aucune réſerve, il s'enſuit que la portion qui a été évincée faiſoit partie de ce qui eſt vendu, & que l'éviction de cette portion doit donner lieu à l'action de garantie contre le vendeur.

255. Ce que nous venons de décider que l'acheteur n'eſt pas tenu de faire raiſon de ce qui ſe trouve de plus que la contenance portée au contrat, a lieu ſeulement dans les ventes faites *per averſionem*, c'eſt-à-dire, dans leſquelles on eſt convenu d'un ſeul & unique prix pour tout ce qui étoit vendu, & non pas dans celles qui ſe font à raiſon de tant l'arpent, tant la mine, *&c.* Il eſt évident que dans celles-ci l'acheteur doit faire raiſon de ce qu'il y a de plus que la contenance portée au contrat.

256. Lorſque par un même contrat & pour un même prix, on a vendu deux métairies, ou deux pieces de terre d'une même métairie, avec déclaration de la contenance de chacune, le vendeur peut-il oppoſer à l'acheteur en compenſation de ce qui ſe trouve de moins dans la contenance de l'une, ce qui ſe trouve de plus dans la contenance de l'autre, lorſque les deux métairies & pieces de terre ſont d'égale bonté? Comme s'il eſt dit qu'elles ſont chacune de cent arpens, & que l'une n'ait de contenance que quatre-vingt-dix, mais que l'autre en ait cent dix. Il ſembleroit à ſuivre rigoureuſement le principe que nous avons établi, que le vendeur ne devroit pas être reçu à oppoſer cette compenſation; puiſqu'on ne peut oppoſer en compenſation de ce qu'on doit à quelqu'un, que ce qu'il nous doit réciproquement, & que ſuivant le ſuſdit principe, l'acheteur ne doit rien au vendeur pour raiſon du plus de contenance dans la métairie de cent dix arpens. Néanmoins Paul en la Loi 42, ff. *de act. empt.*, décide qu'il faut préférer en ce cas l'équité à la ſubtilité, & dire que l'acheteur ne doit avoir aucun recours. La raiſon eſt que ces deux métairies, ces deux pieces de terre étant vendues par un même contrat & pour un même prix, & l'acheteur n'ayant intérêt que d'avoir en total la même contenance qu'il s'eſt attendu d'avoir, il s'enſuit que dans l'intention des parties, la contenance que le vendeur a aſſurée, n'eſt pas tant celle de chacune des différentes parties qui font l'objet du contrat, qu'un total de contenance de toutes les parties qui le compoſent; & que l'acheteur ayant ce total, le vendeur doit être cenſé avoir ſatisfait à ſon obligation.

Cette déciſion a lieu lorſque la portion d'héritage qui a plus de contenance ſe trouve meilleure ou du moins égale en bonté à celle qui en a moins. Il faudroit décider autrement ſi elle étoit inférieure en bonté; car en ce cas l'acheteur ayant intérêt d'avoir ſa contenance dans la bonne piece de terre plutôt que dans l'autre, on ne peut plus dire, comme dans l'eſpece précédente, que l'intention des parties n'a pas tant été de lui aſſurer la contenance de chaque piece, que la contenance du total qu'elles forment.

257. Les meſures étant différentes ſelon les différens lieux, la contenance des héritages doit ſe meſurer ſuivant la meſure du lieu où ils ſont ſitués. Barthole veut que ce ſoit plutôt ſuivant la meſure du lieu où le marché s'eſt fait. Je ne crois pas cette opinion raiſonnable; car les héritages étant ſujets aux loix du lieu où ils ſont ſitués, la meſure doit ſe faire ſuivant la loi de ce lieu. L'acheteur ne peut pas prétexter qu'il ne connoiſſoit pas les meſures; car en allant ou en envoyant voir l'héritage avant que de l'acheter, il a pu ou dû s'informer des meſures qui y étoient en uſage. Si néanmoins il paroiſſoit par ce qui eſt dit au contrat, que les parties ont eu en vue les meſures du lieu où le marché s'eſt fait, il faudroit à cet égard ſe conformer à la convention des parties.

Les choſes mobiliaires n'ayant aucune ſituation, il eſt évident que leur contenance doit ſe régler par la loi du lieu où s'eſt fait le marché, ou plutôt par celle du lieu où elles doivent être livrées.

258. L'action de l'acheteur pour le défaut de contenance, conſiſte à obtenir, contre le vendeur, une diminution du prix proportionnée à ce qui manque de la contenance déclarée au contrat.

Cette diminution eſt facile à régler, lorſqu'on a déclaré en général la contenance de toute la choſe vendue. Comme ſi l'on a dit qu'un lot de terre eſt de dix arpens, & qu'il n'en contienne que neuf; il eſt clair que c'eſt le dixieme du prix qu'il faut diminuer.

Mais ſi l'on a déclaré que dans une métaire, compoſée de terres de différente nature, il y en a une certaine quantité en telle nature, par exemple, tant en vignes, il faudra faire une ventilation & eſtimer le défaut de contenance dans les vignes, à proportion de ce que les vignes ſont plus précieuſes que les terres d'une autre nature dont la métairie eſt compoſée.

ARTICLE II.

De la qualité de la choſe vendue.

259. Lorſque la choſe vendue n'eſt pas de la qualité exprimée par le contrat; comme par exemple, s'il eſt dit qu'un bois eſt âgé de dix feuilles, & qu'il ſoit moins âgé, il eſt dû à l'acheteur des dommages & intérêts qui conſiſtent dans une diminution du prix.

260. Quelquefois l'acheteur peut être fondé à demander la reſciſion du contrat, s'il paroit par les circonſtances que la qualité fût telle qu'il n'auroit pas acheté, s'il eut ſçu que la choſe n'eût pas cette qualité : comme par exemple, ſi l'on a déclaré qu'un héritage eſt en cenſive, & qu'il ſe trouve en fief, l'acheteur pourra quelquefois demander la réſolution du contrat; *putà*, ſi cet acheteur eſt un pere de famille qui a beaucoup d'enfans, & qui ne veut point faire d'acquiſitions conſidérables de biens féodaux, de peur que ſon aîné ne ſe trouve avoir des avantages trop conſidérables en ſa ſucceſſion.

261. Il faut obſerver que les dommages & intérêts de l'acheteur pour raiſon de ce que la choſe vendue ne ſe trouve pas de la qualité exprimée par le contrat, peuvent quelquefois s'eſtimer différemment ſelon les différentes circonſtances & la qualité différente des perſonnes. Par exemple, lorſqu'il a été

déclaré par le contrat de vente d'un héritage qu'il étoit en cenſive, & qu'il ſe trouve en fief, les dommages & intérêts doivent être plus conſidérables, ſi c'eſt une perſonne ſujette au droit de franc-fief qui en eſt acquéreur, que ſi c'eſt un gentilhomme qui n'y eſt pas ſujet; *vice versâ*, ſi l'on déclare par le contrat que l'héritage eſt en fief, & qu'il ſe trouve en cenſive, les dommages & intérêts réſultans de ce que l'acquéreur n'a pas la liberté d'y chaſſer, & de ce que les profits cenſuels peuvent être plus conſidérables que les féodaux comme dans le Dunois & le Chartrain, où il n'eſt dû que le rachat, s'eſtimeront ſous la déduction des avantages que l'acheteur trouve dans la qualité cenſuelle de l'héritage, qui doivent venir juſqu'à due concurrence en compenſation de ceux dont il eſt privé: & comme un des principaux eſt de n'être point ſujet au franc-fief, & que ceux qui en ſont exempts pour les fiefs, n'y trouvent point cet avantage, il s'enſuit que les dommages & intérêts réſultans de ce qu'un héritage déclaré en fief ſe trouve en cenſive, ſeront beaucoup plus conſidérables, lorſque l'acquéreur eſt de qualité à n'être point ſujet au droit de franc-fief, que s'il étoit de qualité à y être ſujet.

262. Il reſte à obſerver que le vendeur eſt obligé à indemniſer l'acheteur, non-ſeulement lorſqu'il a ſçu que la choſe n'avoit pas la qualité déclarée par le contrat, mais meme lorſqu'il a cru de bonne foi qu'elle avoit cette qualité. Il en eſt de même à l'égard de la quantité.

263. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent des qualités exprimées par le contrat, doit s'entendre des qualités certaines & déterminées. L'expreſſion des qualités vagues ne contient aucun engagement : par exemple, ſi par le contrat de vente d'une maiſon on la qualifie de belle maiſon, quelque laide qu'elle ſoit, l'acheteur qui pouvoit la voir ne pourra s'en plaindre. C'eſt la diſpoſition de la Loi 43, ff. *de contr. empt.* qui porte que *ea quæ commendandi causâ in venditionibus dicuntur, ſi palam appareant, venditorem non obligant.*

ARTICLE III.

De la clauſe par laquelle une choſe eſt vendue à l'eſſai.

264. Dans les ventes de choſes dont on ne peut bien connoître la qualité que par l'eſſai qu'on en fait, telles que ſont un cheval, une pendule, une montre; c'eſt une clauſe aſſez uſitée qu'on la vend à l'eſſai, & que ſi l'acheteur n'en eſt pas content, le marché ne tiendra pas.

Ulpien nous apprend que ces ventes ne ſont pas conditionnelles, & que la clauſe qu'elles contiennent n'eſt que réſolutoire, *ſi res ita diſtracta ſit, ut ſi diſpliciuiſſet, inempta eſſet; conſtat non eſſe ſub conditione diſtractam, ſed reſolvi emptionem ſub conditione;* L. 3. ff. *de contr. empt.*

Par cette clauſe qui eſt entiérement en faveur de l'acheteur, le vendeur s'engage envers l'acheteur à reprendre la choſe ſi elle ne convient pas à l'acheteur, & à lui en rendre le prix, s'il a été payé, ſinon à l'en décharger.

De cette obligation naît une action auxdites fins qu'a l'acheteur contre le vendeur, laquelle eſt une branche de l'action *ex empto*, puiſqu'elle naît d'une clauſe qui fait partie du contrat.

265. Lorſque par cette clauſe il y a un temps limité, pendant lequel l'acheteur doit avoir la choſe à l'eſſai, il peut pendant tout ce temps intenter cette action; mais s'il le laiſſe paſſer ſans l'avoir intentée, il n'y eſt plus déſormais recevable. Lorſque par la clauſe il n'y a aucun temps limité, le Droit Romain fixe à ſoixante jours le temps dans lequel l'acheteur peut demander la réſolution du contrat; L. 31, §. 22, ff. *de Ædil. ed.* Parmi nous ce temps doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge : il doit être court.

266. L'obligation qui réſulte de cette clauſe, s'éteint lorſque la choſe vient à périr; car l'acheteur ne peut plus dire que cette choſe ne lui convient pas, lorſqu'elle n'eſt plus, ni obliger le vendeur à la reprendre. Cette clauſe, comme nous l'avons obſervé, n'étant que réſolutoire, la vente faite ſous cette clauſe eſt parfaite, & la choſe eſt par conſéquent devenue aux riſques de l'acheteur.

Il en ſeroit autrement ſi avant qu'il y eût eu une vente parfaite, & n'y ayant eu encore que des propoſitions, j'euſſe donné à quelqu'un à l'eſſai pour un certain temps la choſe que je me propoſois de lui vendre : en ce cas ſi elle périt, elle périt pour mon compte, & il n'en eſt pas reſponſable s'il n'y a eu aucune faute de ſa part; car n'y ayant pas encore de vente, *res perit domino.*

ARTICLE IV.

De la clauſe par laquelle le vendeur s'oblige à faire emploi du prix.

267. Il arrive fort ſouvent que lorſque vous me vendez un héritage, je ſtipule de vous que le prix que je vous paie ſera par vous employé, ou à acquitter une certaine créance, ou en général à acquérir d'autres héritages ou rentes, à l'effet de me faire acquérir la ſubrogation aux privileges de vos vendeurs ou créanciers, au paiement deſquels vous employerez mes deniers.

L'effet de l'engagement que vous contractez par cette clauſe, eſt que ſi vous manquez de le remplir, ſoit en employant à toute autre choſe, ou en diſſipant les deniers que je vous ai payés, ſoit en omettant dans les quittances du paiement que vous ferez à votre créancier ou à celui de qui vous acquérez un héritage, les déclarations néceſſaires pour me faire acquérir la ſubrogation, j'ai en ce cas l'action *ex empto* contre vous, aux fins que faute par vous d'avoir ſatisfait à cette obligation, le contrat demeure nul, & que vous ſoyez condamné à me rendre le prix, & en mes dommages & intérêts réſultans de l'inexécution du contrat. On doit même ordinairement vous y condamner par corps; car c'eſt une mauvaiſe foi & une eſpece de ſtellionat de votre part, d'avoir diverti les deniers que je ne vous avois donnés que ſous la foi que vous en feriez l'emploi convenu.

268. Comme l'acheteur n'a d'autre intérêt à l'accompliſſement de cette clauſe, que d'avoir ſes ſûretés pour la garantie de ſon acquiſition, le vendeur peut éviter l'effet de cette action, en procurant d'ailleurs à l'acheteur ſes ſûretés, & le mettant par-là hors d'intérêt. C'eſt pourquoi je penſe qu'on doit donner au vendeur l'alternative de faire dans un temps qui lui ſera fixé, décréter à ſes frais l'héritage, à l'effet de purger toutes les hypotheques & char-

ges réelles dont il pourroit être chargé, pourvu qu'il faſſe apparoir qu'il n'y a à craindre aucun droit de douaire & autre droit ſemblable que le décret ne purge pas, ou que s'il y en a quelqu'un, il eſt peu conſidérable par rapport au prix de l'héritage, & que le vendeur donne des ſûretés ſuffiſantes pour en répondre.

CHAPITRE IV.

Des engagemens que contracte le Vendeur qui a vendu la choſe d'autrui, envers le propriétaire de cette choſe.

269. NOUS avons traité dans les Chapitres précédens, des engagemens & obligations du vendeur qui naiſſent du contrat de vente, & qu'il contracte envers l'acheteur avec qui il a contracté. Outre ces obligations que celui qui vend la choſe d'autrui, contracte envers l'acheteur avec qui il contracte, il contracte des obligations envers le propriétaire de la choſe qu'il a vendue.

Ces obligations ne naiſſent pas proprement du contrat de vente *per ſe ;* les contrats ne formant des obligations qu'entre les parties contractantes : elles naiſſent d'une choſe différente ; c'eſt ce que nous allons expliquer.

270. Il faut pour cela diſtinguer différens cas ; le premier eſt celui auquel quelqu'un vend une choſe mobiliaire qu'il ſçait ne lui pas appartenir : il n'eſt pas douteux qu'en vendant & livrant cette choſe qu'il ſçait ne lui pas appartenir, il commet envers le propriétaire à qui elle appartient, un vol de cette choſe ; L. 1, L. 7, *Cod. de uſuc. pro empt.*, & par conſéquent il contracte envers lui l'obligation qui naît de cette eſpece de délit. Il naît de cette obligation l'action qu'on appelle *condictio furtiva*, par laquelle ce propriétaire a droit de lui demander la reſtitution de cette choſe, ou le prix à défaut de pouvoir la lui reſtituer.

Ce prix qu'il eſt obligé de reſtituer au propriétaire, faute de lui reſtituer la choſe, peut être plus conſidérable que celui pour lequel il l'a vendue ; car s'il l'avoit vendue au-deſſous de ſa valeur, le propriétaire envers qui il eſt tenu de la reſtitution de la choſe même, n'eſt pas tenu de ſe contenter de ce prix : faute de pouvoir la lui rendre, il doit lui en reſtituer la véritable valeur.

Ce vendeur peut même être tenu à plus que la véritable valeur de la choſe ; car ſi le propriétaire ſouffre ou a ſouffert des dommages & intérêts de la privation de ſa choſe, il doit l'en indemniſer, ſuivant la regle générale, que celui qui a commis quelque eſpece de délit que ce ſoit, doit indemniſer celui envers qui il l'a commis, de tout ce qu'il en ſouffre.

271. Lorſque celui qui a vendu une choſe qu'il ſçavoit ne lui pas appartenir, a vendu cette choſe pour un prix très-avantageux, & qu'il en eſt depuis redevenu poſſeſſeur, n'importe à quel titre, le propriétaire de la choſe a-t-il le choix de répéter la choſe, ou le prix pour lequel il l'a vendue, en

offrant de lui laiſſer la choſe? Je penſe qu'il doit avoir ce choix; car ce poſſeſſeur de mauvaiſe foi ayant commis un vol en vendant & livrant cette choſe qu'il ſçavoit ne lui pas appartenir, il ne doit pas profiter de ce vol, ni par conſéquent retenir le prix avantageux pour lequel il l'a vendue. Celui qui retient la choſe d'autrui induement, eſt obligé envers le propriétaire à qui elle appartient, non-ſeulement à la reſtitution de cette choſe, mais à la reſtitution du profit qu'il a fait par rapport à cette choſe; tel qu'eſt celui qu'il a fait en la vendant pour un prix avantageux, l'équité naturelle ne permettant pas que quelqu'un puiſſe profiter de ſon délit; *fraus ſua nemini opitulari debet.*

272. Le ſecond cas eſt lorſque quelqu'un a vendu ſans droit, comme choſe à lui appartenante, un héritage ou une choſe incorporelle qu'il ſçavoit m'appartenir. Il ne commet point en ce cas un vol proprement dit, ces choſes n'étant pas ſuſceptibles de vol, *cùm furtum non cadat niſi in res mobiles & corporales;* L. 25, ff. *de furt.* Mais il commet envers moi une injuſtice ſemblable; & comme l'équité naturelle ne permet pas que quelqu'un profite de ſon injuſtice, dans le cas auquel j'aimerois mieux le prix pour lequel la choſe a été vendue que la choſe, & que je me déſiſterois du droit que j'ai de la revendiquer, il eſt tenu envers moi *actione in factum*, de me rendre le prix pour lequel il a vendu ma choſe, s'il l'a déja reçu, ou de me ſubroger à ſes droits contre l'acheteur pour l'exiger, s'il ne l'a pas encore reçu.

273. Il n'importe que celui qui a vendu comme à lui appartenant la choſe qu'il ſçavoit m'appartenir, la poſſédât ſans titre, ou en vertu d'un juſte titre: il n'importe qu'il la poſſédât à titre lucratif, ou même à titre onéreux; car quoiqu'il la poſſédât à titre onéreux, quoiqu'il l'eût achetée de bonne foi, auſſi-tôt qu'il a eu la connoiſſance qu'elle m'appartenoit, il n'en a pas moins contracté l'obligation de me la rendre. Le droit naturel ne défend pas ſeulement de prendre, mais auſſi de retenir le bien d'autrui. C'eſt pourquoi lorſqu'au lieu de me la rendre il en diſpoſe en la vendant comme choſe à lui appartenante; quoiqu'il l'eût achetée de bonne foi, il n'en commet pas moins en la vendant ou un vol, ſi c'eſt un meuble corporel, ou ſi c'eſt un héritage, une injuſtice ſemblable au vol, qui l'oblige à tout ce qui a été dit ci-deſſus.

274. Le troiſieme cas eſt lorſque celui qui poſſédoit de bonne foi la choſe d'autrui à titre de donation ou de legs, l'a vendue de bonne foi comme à lui appartenante, ignorant qu'elle appartînt à un autre. Le propriétaire de cette choſe qui eſt depuis périe, ou qui ne ſe trouve plus, peut-il lui demander la reſtitution de la ſomme pour laquelle il l'a vendue? Ce cas-ci eſt différent des deux précédens; car dans ce cas-ci j'ai vendu de bonne foi la choſe: je n'ai par conſéquent en la vendant, commis aucune injuſtice envers le propriétaire de cette choſe. Néanmoins Africanus après Julien, décide en la Loi 23, ff. *de reb. cred.*, que même en ce cas le propriétaire de la choſe eſt bien fondé à demander à celui qui l'a vendue, la reſtitution du prix: *Si eum ſervum qui tibi legatus ſit, quaſi mihi legatum poſſiderim & vendiderim, mortuo eo poſſe te mihi pretium condicere Julianus ait.* Cette déciſion eſt fondée ſur cette grande regle d'équité naturelle, qu'il n'eſt pas permis de s'enrichir du bien d'autrui; d'où il ſuit que je ne dois pas profiter du prix de la choſe d'autrui que j'ai par

erreur vendue comme à moi appartenante. C'eſt la raiſon qu'en donne le Juriſconſulte dans la Loi ci-deſſus citée : *Poſſe te mihi pretium condicere Julianus ait, quod ex re tuâ locupletior factus ſim.*

275. Le quatrieme cas eſt celui auquel vous vendez de bonne foi la choſe d'autrui, que vous avez achetée de bonne foi de celui qui n'en étoit pas le propriétaire : cette choſe étant depuis périe, ou ne ſe retrouvant plus, le véritable propriétaire pourra-t-il répéter de vous le prix pour lequel vous l'avez vendue ? Les raiſons ſur leſquelles on a fondé la déciſion pour l'affirmative dans le cas précédent, ne ſe rencontrent pas dans celui-ci. Vous l'avez vendue de bonne foi, & il ſemble qu'on ne peut pas dire comme dans le cas précédent, qu'en la vendant vous vous ſoyez enrichi du prix de la choſe d'autrui ; car en la revendant, vous avez plutôt recouvré le prix qu'elle vous avoit coûté, que vous ne vous êtes enrichi. Il n'y a que le cas auquel vous l'auriez revendue pour un prix plus cher que vous ne l'avez achetée, qui pourroit paroître ſemblable, en quelque façon, au précédent, & devoir vous obliger à la reſtitution, non pas de tout le prix, mais ſeulement de l'excédent de ce qu'elle vous avoit coûté. Nonobſtant ces raiſons, Pulveus en ſon Traité *de rei alien. diſtract. cap. 20*, eſtime que celui qui a vendu, quoique de bonne foi la choſe d'autrui qu'il avoit achetée de celui qui n'en étoit pas le propriétaire, eſt tenu de reſtituer le prix au véritable propriétaire, *utili actione negotiorum geſtorum ;* parce qu'en vendant cette choſe, quoiqu'il crût gérer ſa propre affaire dans la perſuaſion où il étoit que cette choſe lui appartenoit, néanmoins dans la vérité, il géroit l'affaire du propriétaire de cette choſe plutôt que la ſienne, & cette geſtion l'oblige à faire raiſon à ce propriétaire, *domino negotii*, de ce qu'il a reçu de cette geſtion ; non ſelon la ſubtilité du Droit, puiſqu'il n'a eu aucune intention de contracter aucune obligation de rendre compte de cette vente, comptant vendre ſa propre choſe, mais ſelon l'équité, parce qu'effectivement en vendant cette choſe, c'eſt l'affaire de celui à qui elle appartenoit qu'il a gérée : c'eſt pourquoi, *tenetur actione negotiorum geſtorum, non quidem directâ, ſed utili.* Pulveus, pour appuyer cette opinion, ſe fonde ſur la Loi *fin.* ff. *de neg. geſt.* Dans l'eſpece de cette Loi, vous aviez acheté de moi un eſclave, & vous aviez vendu de bonne foi, comme à vous appartenante, une choſe que vous aviez trouvée entre les mains de cet eſclave qui m'appartenoit, m'ayant été volée par cet eſclave. Africanus décide que j'ai action contre vous pour la répétition du prix, *de pretio negotiorum geſtorum actio mihi danda ; ut dari deberet ſi negotium quod tuum eſſe exiſtimares, cum eſſet meum, geſſiſſes.* Cette opinion de Pulveus me paroît ſouffrir difficulté. La Loi ſur laquelle il ſe fonde n'eſt pas déciſive pour cette opinion. Dans l'eſpece de cette Loi vous aviez acheté l'eſclave, mais vous n'aviez pas acheté la choſe que cet eſclave m'avoit volée, & que vous avez vendue : cette choſe ne vous coûtoit rien ; ainſi cette Loi prouve ſeulement que celui qui a vendu, quoique de bonne foi, la choſe d'autrui qu'il poſſédoit à titre lucratif, eſt tenu d'en rendre le prix au vrai propriétaire ; mais elle ne prouve pas qu'il y ſoit obligé, lorſqu'il avoit acheté cette choſe. On inſiſtera peut-être en diſant que la raiſon mentionnée en cette Loi, pour fonder la demande du propriétaire en répétition du prix, eſt qu'en vendant la choſe qui m'appartenoit, comme à vous

appartenante

appartenante, vous avez géré effectivement mon affaire, quoique vous crussiez gérer la vôtre : or, dira-t-on, cette raison milite toutes les fois que vous avez vendu, quoique de bonne foi, & comme à vous appartenante, une chose qui m'appartenoit. Elle milite, soit que vous possédassiez cette chose à titre lucratif, soit que vous l'eussiez achetée, étant toujours vrai de dire que c'est une vente de ma chose que vous avez faite, & que vous avez par conséquent fait mon affaire. On peut répondre à ce raisonnement, que lorsque vous vendez de bonne foi une chose que vous avez achetée, quoique cette chose ne vous appartienne pas, mais à moi, cette vente que vous en faites est véritablement votre affaire & non la mienne, *tuum negotium geris, non meum.* Si dans l'espece de la Loi ci-dessus rapportée, il est dit que vous êtes obligé de me faire raison du prix de la chose que vous m'avez vendue, de même que si vous aviez géré mon affaire, croyant gérer la vôtre, ce n'est pas par la raison seule que la chose que vous avez vendue étoit une chose qui m'appartenoit ; mais c'est encore parce que cette chose qui m'appartenoit, étoit une chose que l'esclave que je vous avois vendu m'avoit volée, que vous n'aviez pas achetée, qui ne vous avoit rien coûté, & du prix de laquelle vous ne deviez pas par conséquent profiter à mes dépens. La vente que vous avez faite de cette chose étant une vente dont le prix, suivant les regles de l'équité, ne devoit pas tourner à votre profit, mais au mien, il s'ensuit que la vente que vous en avez faite étoit mon affaire que vous faisiez, croyant faire la vôtre. Il résulte de cette explication de Loi, que cette Loi, non plus que la Loi 23, ff. *de reb. cred.* n'est décisive que pour le troisieme cas, & qu'elle ne prouve rien pour l'opinion de Pulveus dans le quatrieme cas. La Loi 3, *Cod. rei vend.*, & la Loi 1, *Cod. de reb. alien. non alien.* prouvent encore moins pour l'opinion de Pulveus, ces Loix pouvant s'entendre du cas auquel le vendeur auroit eu connoissance en vendant la chose qu'elle ne lui appartenoit pas. L'opinion de Pulveus n'est donc fondée sur aucun texte de Droit. On peut au contraire tirer un argument de la Loi 17, ff. *de rei vend.* contre son opinion. Il est dit dans cette Loi, que dans le cas auquel Mœvius, propriétaire d'une chose que j'ai achetée de Titus, auroit donné la demande en revendication. Si depuis la demande & *post acceptum judicium*, j'ai vendu cette chose à un second acheteur par le fait duquel elle est périe, je suis tenu de faire raison à Mœvius, propriétaire de cette chose, du prix pour lequel je l'ai vendue. Ulpien ayant décidé dans cette Loi que j'étois tenu de rendre le prix lorsque j'ai vendu la chose, *post acceptum judicium*, il s'ensuit par un argument négatif que je n'en serois pas tenu, si je l'avois vendue de bonne foi avant aucune demande. Il est vrai que les argumens négatifs ne sont pas toujours bien concluans.

TROISIEME PARTIE.

Des engagemens de l'Acheteur.

276. Les engagemens de l'acheteur naiſſent, de même que ceux du vendeur, ſoit de la nature même du contrat, ſoit de la bonne foi, ſoit des clauſes particulieres du contrat.

SECTION PREMIERE.

Des engagemens de l'acheteur qui naiſſent de la nature du contrat.

277. Les engagemens de l'acheteur qui naiſſent de la nature du contrat ſont, 1°. celui qu'il contracte de payer le prix & les intérêts; 2°. celui d'enlever la choſe vendue, & d'indemniſer le vendeur de ce qu'il a dépenſé pour la lui conſerver.

§. I.

De l'obligation de payer le prix.

278. Le principal engagement que contracte l'acheteur par la nature même du contrat de vente, conſiſte dans l'obligation de payer le prix convenu.

De cette obligation de l'acheteur naît une action qu'a le vendeur (*actio venditi*) pour en demander le paiement.

279. Lorſque le contrat ne porte aucun terme, le vendeur peut former incontinent cette action contre l'acheteur, aux offres qu'il doit lui faire de lui livrer la choſe, ſi elle ne l'a déja été.

Si depuis le contrat elle avoit ceſſé ſans la faute du vendeur, de pouvoir être livrée, le vendeur ne laiſſeroit pas de pouvoir intenter cette action pour le paiement du prix. Mais tant que le vendeur eſt en demeure de livrer la choſe vendue, il n'eſt point recevable à en demander le prix.

280. Même après que le vendeur l'a livrée, il ne pourroit demander le prix, ſi l'acheteur étoit troublé dans ſa poſſeſſion par quelque demande en revendication hypothécaire, ou autre, juſqu'à ce que le procès fût terminé.

Si néanmoins le procès pouvoit durer long-temps, il pourroit être reçu après avoir pris le fait & cauſe de l'acheteur, à exiger de lui le prix; mais il faudroit en ce cas qu'il lui offrît une bonne & ſuffiſante caution de rapporter en cas d'éviction.

S'il y avoit de fortes préſomptions que la demande donnée contre l'acheteur, eſt une demande qu'il ſe ſeroit fait donner par une perſonne affidée pour vexer le vendeur, & l'empêcher de toucher le prix, faute de pouvoir trouver une caution, le vendeur devroit être en ce cas diſpenſé de la donner.

Il y auroit lieu à cette préſomption, ſi la demande paroiſſoit dénuée de fondement, & étoit donnée par un homme de la lie du peuple qui n'a rien à perdre.

281. Le vendeur qui ne peut toucher le prix, faute de pouvoir trouver une caution, peut demander que l'acheteur ſoit tenu de les dépoſer; mais il n'eſt pas toujours de l'intérêt du vendeur de demander le dépôt, parce qu'il fait ceſſer les intérêts qui couroient à ſon profit; il n'a intérêt de le demander que lorſqu'il eſt perſuadé que l'acheteur n'a pas d'argent, & que le procès n'eſt qu'une manœuvre à laquelle l'acheteur a eu recours pour éloigner le paiement. L'acheteur peut auſſi demander le dépôt pour ſe décharger des intérêts.

282. L'acheteur peut bien ſe défendre de payer lorſqu'il eſt troublé; mais s'il a payé avant le trouble, il ne peut demander ni la reſtitution du prix, ni caution, pendant le procès. Même avant qu'il ait payé, tant qu'il ne ſouffre aucun trouble, il n'eſt pas recevable à demander au vendeur caution du prix dont le paiement lui eſt demandé; *Arrêt du 5 Août 1669, dans Soefv., cent. 4, chap. 4.*

§. II.

Des intérêts du prix.

283. Lorſque la choſe vendue n'eſt pas de nature à produire des fruits; telles que ſont une bibliotheque, une tapiſſerie, *&c.*, l'acheteur, de même que tout autre débiteur de ſomme d'argent, ne doit les intérêts du prix que du jour qu'il a été mis en demeure de le payer par une interpellation judiciaire.

Mais lorſque la choſe vendue eſt de nature à produire des fruits naturels ou civils, telles que ſont une terre, une maiſon, un moulin, un troupeau; l'acheteur doit les intérêts du prix de plein droit, & *ex naturâ contractûs*, du jour qu'il eſt entré en poſſeſſion & jouiſſance de la choſe, ſoit qu'ils aient été ſtipulés, ſoit qu'ils ne l'aient pas été.

On peut bien valablement convenir que ces intérêts ſeront payés à un taux moindre que le taux légitime qui eſt le denier-vingt: par exemple, qu'ils ſeront payés au taux du denier-vingt-deux ou vingt-quatre; mais on ne peut pas valablement convenir qu'ils ſeront payés à un taux plus fort. Par exemple, ſi on étoit convenu qu'ils ſeroient payés ſur le pied du denier-ſeize ou dix-huit, l'acheteur, nonobſtant cette convention, ne les devroit que ſur le pied du denier-vingt; André Gail, *obſ.* 11, 15.

284. L'acheteur doit les intérêts du prix, non-ſeulement avant qu'il ait été mis en demeure de payer, mais même pendant le procès ſur la demande qui lui eſt faite par un tiers pour délaiſſer, quoiqu'il ne ſoit pas obligé de payer pendant ce temps le prix à ſon vendeur qui ne lui offre pas de caution; il ne peut en ce cas ſe décharger des intérêts que par le dépôt du prix, n'étant pas juſte qu'il puiſſe jouir tout-à-la-fois & de la choſe & du prix: *Cùm re emptor fruatur, æquiſſimum eſt eum uſuras pretii pendere . . . hoc ſolum ſpectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi;* L. 13, §. 20 & 21, ff. *act. empt.*

285. Lorſqu'on eſt convenu par le contrat que l'acheteur entreroit incontinent en jouiſſance de l'héritage qui lui eſt vendu, & que néanmoins il auroit

un certain terme pour le paiement du prix, à la charge qu'il payera pendant ce temps les intérêts. Cette convention eſt très-licite, quoiqu'elle ait été condamnée comme uſuraire par quelques Docteurs cités par Fachin, *controv. lib.* 2, *cap.* 32. Le fondement de l'opinion de ces Docteurs, étoit que l'uſure conſiſte à tirer du profit du prêt ou du crédit qu'on fait à ſon débiteur. Or, dit-on, dans cette eſpece ces intérêts ſont ſtipulés comme le prix du crédit que le vendeur fait à l'acheteur; l'acheteur ne les doit pas en ce cas par la nature du contrat, puiſqu'ayant par le contrat un terme pour payer, il n'eſt en aucune maniere en demeure de payer, *nec in morâ regulari*, *nec in morâ irregulari*, & par conſéquent il ne peut en vertu du contrat, devoir des intérêts.

La réponſe eſt que ce n'eſt pas de la demeure de payer le prix, que naiſſent les intérêts dans le contrat de vente. Ils naiſſent de la jouiſſance que l'acheteur a de la choſe, & de cette regle d'équité qui ne permet pas qu'il ait tout-à-la-fois la jouiſſance de la choſe & du prix : *Hoc ſolum ſpectare debemus, an habeat facultatem fructûs percipiendi; d.* L. 13, §. 20. Les intérêts que le vendeur ſtipule de lui, ne ſont point un profit qu'il retire du crédit qu'il lui fait pour le paiement du prix, ils ſont plutôt le prix de la jouiſſance de la choſe vendue qu'il n'étoit pas obligé de lui accorder avant le paiement du prix. Ces intérêts ne ſont donc pas *uſuræ lucratoriæ* qui ſont illicites, mais *uſuræ compenſatoriæ*, qui de l'aveu de tous, ſont permiſes. Le vendeur ne doit pas être de pire condition, parce qu'il a eu la facilité d'accorder un terme à l'acheteur pour le paiement du prix. S'il ne lui en avoit pas accordé, il ne doit pas ſouffrir de la grace qu'il lui a faite : or, s'il ne lui avoit pas accordé de terme. Les intérêts courroient du jour que l'acheteur eſt entré en jouiſſance. Le vendeur peut donc en accordant terme, ſe réſerver les intérêts qui lui auroient été dus, s'il ne l'eût pas accordé.

286. Si par le contrat de vente par lequel le vendeur accorde un terme pour le paiement du prix à l'acheteur, qu'on fait néanmoins entrer en jouiſſance, les parties ne ſe ſont pas expliquées ſi les intérêts du prix courroient ou non pendant le temps que durera ce terme, le vendeur pourra-t-il les prétendre ? Pour l'affirmative il ſembleroit qu'on pourroit dire à-peu-près les mêmes choſes que nous avons dites ſur la queſtion précédente. Il ſuffit, dira-t-on, que l'acheteur ait joui de l'héritage qui lui a été vendu, pour qu'il doive les intérêts, l'équité ne permettant pas qu'il jouiſſe de la choſe & du prix, *hoc ſolum ſpectare debemus; d.* L. 13, §. 20. Il n'eſt donc pas néceſſaire pour que les intérêts courent au profit du vendeur pendant le temps que doit durer le terme, que les parties s'en ſoient formellement expliquées. Le vendeur en accordant un terme pour la commodité de l'acheteur, ne doit pas en ſouffrir : il ne doit pas être pour cela préſumé avoir renoncé aux intérêts qui lui appartiennent par la nature du contrat, depuis que l'acheteur eſt entré en jouiſſance juſqu'au paiement du prix, perſonne ne devant être facilement préſumé vouloir renoncer à ſes droits : *Nemo res ſuas jactare, nemo quod ſuum eſt donare facilè præſumitur.* Nonobſtant ces raiſons on décide communément que l'acheteur ne doit pas d'intérêts pendant le temps du terme qui lui eſt accordé pour le paiement du prix, quoiqu'il jouiſſe pendant ce temps de l'héritage. Fachin, *controv.* 11, 32, & Covarruvias, *var. reſol.* 111, 4, le décident en termes formels, ou

plutôt le ſuppoſent & n'en font pas même de queſtion. Quoiqu'ils ne rapportent pas la raiſon de cette déciſion, il eſt facile de l'appercevoir. La jouiſſance qui eſt accordée par cette clauſe à l'acheteur, avant qu'il ait payé le prix, fait partie de ce qui lui eſt vendu : il eſt cenſé avoir payé cette jouiſſance par le prix porté au contrat ; les parties ſont cenſées être convenues d'un prix plus fort qu'il ne l'eût été ſans cette clauſe ; le vendeur ne peut donc plus exiger les intérêts comme le prix de cette jouiſſance, puiſqu'il en eſt payé ſur le prix principal dans lequel celui de cette jouiſſance eſt entré. Quand même il y auroit du doute, ſi le vendeur a renfermé le prix de cette jouiſſance dans le prix porté au contrat, ou s'il a entendu ſe réſerver de s'en faire payer par les intérêts, le contrat devroit s'interpréter contre le vendeur qui devroit s'expliquer ſur cette réſerve ; L. 39, ff. *de pact.* ; L. 17, ff. *de R. jur.* ; *Traité des Obligat. n.* 97.

287. Si le terme pour le paiement du prix ne faiſoit pas partie des clauſes du contrat, s'il n'avoit été accordé que depuis par une convention entre le vendeur & l'acheteur, ſans qu'il parût que le vendeur eût rien reçu pour cela ; en ce cas, le vendeur en accordant ce terme, ſeroit cenſé n'avoir voulu accordre qu'une ſurſéance aux pourſuites qu'il avoit droit de faire, pour donner à l'acheteur le temps de chercher de l'argent, & n'avoir pas entendu renoncer aux intérêts qui lui ſont dus par la nature du contrat ; perſonne ne devant être préſumé vouloir renoncer à ſes droits.

288. Il faudroit décider autrement, ſi le terme étoit accordé par le teſtament du vendeur. Les héritiers du vendeur ne pourroient en ce cas exiger de l'acheteur les intérêts du prix pendant le temps du terme ; le teſtateur doit être cenſé en avoir fait la remiſe à l'acheteur pendant le temps du terme qu'il lui a accordé par ſa diſpoſition teſtamentaire. Les diſpoſitions teſtamentaires qui renferment par leur nature une libéralité que le teſtateur veut faire à celui au profit de qui elles ſon faites, doivent s'interpréter favorablement : *voluntates teſtantium plenius interpretamur* ; L. 12, ff. *de R. j.*

289. Les intérêts étant dus par la nature du contrat, du jour que l'acheteur eſt entré en jouiſſance, le terme accordé par le contrat, ou par le teſtament du vendeur, ne peut les arrêter que pendant le temps qu'il dure : apres l'expiration du terme ils courent de plein droit.

§. III.

Des autres obligations de l'acheteur, qui naiſſent de la nature du contrat.

290. C'eſt une des obligations qui naiſſent de la nature du contrat, que celle que contracte l'acheteur d'enlever les marchandiſes qui lui ont été vendues.

Lorſqu'il a été mis en demeure par une ſommation judiciaire de ſatisfaire à cette obligation, il eſt tenu des dommages & intérêts que le vendeur a ſoufferts depuis la ſommation, par la privation de l'uſage de ſes magaſins, greniers, caves & celliers qu'occupoient les marchandiſes vendues.

Le vendeur peut auſſi en ce cas aſſigner l'acheteur aux fins que faute par

l'acheteur d'enlever les marchandiſes à lui vendues, dans un court délai qui lui ſera fixé par le Juge, il ſera permis au vendeur de les mettre dehors aux frais de l'acheteur, en lui dénonçant le jour & l'heure qu'il les mettra dehors.

291. Lorſque le contrat ne porte aucun temps pour l'enlevement des choſes vendues, l'acheteur peut être ſommé incontinent de faire cet enlevement.

Il y a néanmoins certaines marchandiſes pour l'enlevement deſquelles l'uſage des lieux accorde un certain terme. Par exemple, il eſt d'uſage dans notre vignoble d'Orléans que les Marchands qui achetent au temps des vendanges les vins de nos récoltes, aient terme juſqu'à la ſaint Martin pour les enlever.

Enfin c'eſt un engagement qui naît de la nature du contrat de vente, que l'acheteur eſt obligé de rembourſer au vendeur ce qu'il a dépenſé depuis le contrat pour la conſervation de la choſe vendue; car les fruits de la choſe vendue étant dus à l'acheteur dès avant la tradition auſſi-tôt qu'il en a payé le prix, ainſi que nous l'avons vu en la Partie précédente, il eſt naturel que les charges le regardent depuis ce temps, & par conſéquent toute la dépenſe qu'il a fallu faire pour l'entretien & la conſervation de la choſe; L. 13, §. 22, *de act. empt.*

292. Si par une convention particuliere, ou parce que le prix n'auroit pas encore été payé, le vendeur a continué depuis le contrat de percevoir à ſon profit les fruits de l'héritage vendu, il n'eſt pas douteux que les dépenſes d'entretien, faites pendant tout ce temps, ne doivent point être rembourſées au vendeur, puiſqu'elles ſont une charge des fruits qui lui appartiennent. Mais doit-il être rembourſé des groſſes réparations? La raiſon de douter eſt que le vendeur juſqu'à la tradition, demeure propriétaire, & que les groſſes réparations ſont une charge de la propriété. Je penſe néanmoins qu'elles doivent être rembourſées au vendeur par l'acheteur. Ce qu'on dit que ces réparations ſont une charge de la propriété, eſt une maxime qui a lieu lorſque la queſtion eſt entre un propriétaire & un uſufruitier; mais il en eſt autrement, lorſque la queſtion eſt entre le vendeur & l'acheteur. La choſe vendue étant depuis le contrat aux riſques de l'acheteur, toutes les charges des fruits que le vendeur perçoit encore, doivent regarder l'acheteur.

SECTION II.

Des obligations de l'acheteur qui naiſſent de la bonne foi qui doit regner dans le Contrat de vente.

293. La bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente oblige l'acheteur à deux choſes. 1°. A n'uſer d'aucun dol pour porter le vendeur à vendre, ou à vendre moins cher. 2°. A ne pas acheter la choſe au-deſſous du juſte prix.

ARTICLE PREMIER.

En quoi conſiſte le dol qu'un acheteur peut commettre, & à quoi l'oblige-t-il.

294. Il y a deux eſpeces de dol que l'acheteur peut commettre dans le contrat de vente. La premiere conſiſte dans le menſonge & les manœuvres

que l'acheteur employeroit pour porter le vendeur à vendre ou à vendre moins cher; comme ſi pour porter le propriétaire d'une auberge, ſituée ſur une grande route, à me la vendre, j'avois pratiqué des manœuvres pour lui faire accroire qu'il y avoit un projet paſſé au Conſeil, pour faire un grand chemin ailleurs qui changeroit la route.

Ces manœuvres ne ſont pas ſeulement condamnées dans le for de la conſcience; elles peuvent dans le for extérieur, lorſqu'elles ſont bien avérées, donner lieu au vendeur de prendre des lettres de reſciſion contre le contrat.

295. La ſeconde eſpece de dol, c'eſt lorſque l'acheteur diſſimule au vendeur la connoiſſance qu'il a de la choſe qu'il achete que le vendeur ne connoît pas.

Par exemple, je ſçais que l'héritage que vous me vendez, que je connois, & que je ſçais que vous ne connoiſſez pas, eſt affermé à vil prix, & qu'à un renouvellement de bail on pourroit l'affermer beaucoup davantage: c'eſt un dol de ma part de vous diſſimuler la connoiſſance que j'ai de la vilité du prix du bail.

La raiſon eſt que la bonne foi & l'équité qui doivent régner dans le contrat de vente, obligent les parties contractantes à ne ſe rien diſſimuler de ce qu'ils ſçavent touchant la choſe qui fait l'objet du marché. La loi 43, §. 2, ff. *de contr. empt.* répute toute diſſimulation à cet égard pour un dol, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 233. Il eſt vrai que cette loi eſt dans l'eſpece du vendeur, mais elle s'applique pareillement à l'acheteur, les obligations étant réciproques.

296. L'acheteur commet une injuſtice par cette diſſimulation, quand même le prix pour lequel il achete la choſe, ſeroit le juſte prix. Car comme il eſt parfaitement libre d'acheter ou de ne pas acheter, & ne n'acheter que pour le prix qu'il croit que vaut la choſe, il doit laiſſer le vendeur jouir d'une pareille liberté, la diſſimulation dont il uſe envers lui pour le porter à vendre une choſe qu'il ne voudroit pas vendre, ou qu'il voudroit vendre plus cher qu'il ne la vend, s'il avoit les connoiſſances qu'on lui a cachées ſur cette choſe, eſt un piege tendu à cette liberté, & par conſéquent une injuſtice.

297. Cette eſpece d'injuſtice oblige, dans le for de la conſcience, l'acheteur qui l'a commiſe, à déclarer au vendeur les connoiſſances qu'il lui a cachées lors du contrat, & à lui permettre de reprendre la choſe pour le même prix, s'il la veut reprendre; & à ſe charger de tous les frais de la rétroceſſion, de même que ceux de la vente.

298. Cette obligation n'a lieu que dans le for de la conſcience. Dans le for extérieur, un vendeur ne ſeroit pas écouté à ſe plaindre que l'acheteur lui a diſſimulé les connoiſſances qu'il avoit de ſon bien. Un vendeur eſt cenſé devoir le connoître mieux que perſonne; quand il ne le connoît pas, c'eſt une faute qu'il ne doit imputer qu'à lui-même. Les Loix ne viennent pas au ſecours des négligens; la liberté du commerce ſeroit gênée, & on n'oſeroit contracter dans la crainte des procès, ſi les parties contractantes étoient facilement écoutées à revenir contre les marchés qu'elles ont faits.

ARTICLE II.

De l'obligation d'acheter à un prix qui ne ſoit pas au-deſſous du juſte prix.

299. La même raiſon d'équité qui ne permet pas au vendeur de vendre au-delà du *ſummum pretium*, du juſte prix, ne permet pas non plus à l'acheteur d'acheter au-deſſous de l'*infimum pretium*, du juſte prix : Voyez ce que nous avons dit, *part.* 2, *ch.* 2, *art.* 4, *ſuprà.*

300. Néanmoins lorſqu'il s'agit de la vente d'une choſe qui produit des fruits naturels ou civils, tels que ſont les héritages, un troupeau, un fonds de boutique, *&c.* De même que le vendeur qui fait crédit à l'acheteur pour le paiement du prix, peut licitement ajouter au juſte prix les intérêts du prix, depuis qu'il a mis l'acheteur en jouiſſance de la choſe, juſqu'au temps du paiement du prix, par la raiſon que ces intérêts lui tiennent lieu de la jouiſſance de la choſe, qu'il n'auroit dû accorder à l'acheteur qu'en recevant le prix; de même lorſque l'acheteur avance au vendeur le prix d'une choſe frugifere dont le vendeur ne l'a pas encore mis en poſſeſſion, l'acheteur peut diminuer ſur le juſte prix de cette choſe, les intérêts du juſte prix, depuis le jour de l'avance qu'il en a fait, juſqu'au jour que la choſe lui doit être délivrée. Ces intérêts qu'il diminue ſur le juſte prix, ſont en ce cas un juſte dédommagement de la jouiſſance de la choſe qu'il auroit dû avoir, ſelon les regles ordinaires du contrat de vente, du jour qu'il en a payé le prix.

301. Lorſque la choſe vendue n'eſt pas une choſe frugifere : de même que le vendeur ne peut en ce cas exiger rien de l'acheteur au-delà du juſte prix pour le crédit, qu'autant & juſqu'à concurrence ſeulement de ce qu'il ſouffriroit de ce crédit, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 248, de même l'acheteur qui avance au vendeur le prix avant le temps de la tradition, ne peut rien diminuer du juſte prix pour cette avance, qu'autant & juſqu'à concurrence ſeulement de ce qu'il ſouffriroit de cette avance.

302. Il eſt néanmoins permis à l'acheteur de diminuer quelque choſe du juſte prix dans le cas ſuivant qui eſt propoſé par les Auteurs qui ont traité de la Théologie morale : Vous me propoſez de me vendre une partie de marchandiſes dont vous ne pouvez me faire la tradition que dans un mois. Pour vous faire plaiſir, je vous l'achete aujourd'hui, & je vous la paie comptant. S'il y avoit une certitude morale ou du moins une grande vraiſemblance que le prix de cette marchandiſe diminuera, je puis licitement diminuer ſur le prix qu'elle vaut aujourd'hui, une ſomme, pour me dédommager de la perte que je cours riſque de faire en vous l'achetant.

La diminution qui peut ſe faire en ce cas ſur le juſte prix, doit ſe faire eu égard, tant à la quantité de la perte qu'il y a lieu de croire qui ſe trouvera ſur ces marchandiſes au temps de la tradition, qu'au degré de probabilité qu'il y a que cette perte arrivera. En conſéquence cette diminution peut être d'une ſomme plus ou moins approchante de la quantité de la perte qu'il y a lieu d'appréhender, ſuivant le plus ou le moins qu'il y a de degrés de probabilité que

cette

cette perte arrivera, mais elle ne peut jamais être de la quantité entiere ; car le riſque d'une perte qui n'eſt pas encore arrivée, dont je me charge, ne peut jamais, quelque probable que ſoit le riſque, être de même valeur que la perte même lorſqu'elle eſt arrivée ; de même que l'eſpérance d'un gain n'eſt jamais de même valeur que le gain lorſqu'il eſt né.

L'eſtimation de ce dédommagement étant difficile, la cupidité pouvant porter l'acheteur à la porter plus haut qu'elle ne doit l'être, ſans même qu'il s'en apperçoive ; & d'ailleurs le beſoin que le vendeur a d'argent, le portant à conſentir à tout, il vaut beaucoup mieux en ce cas faire le marché au prix que la marchandiſe vaudra lors de la tradition, & que cependant l'acheteur paie une certaine ſomme d'avance au vendeur, ſauf aux parties à ſe faire raiſon du plus ou du moins, lorſque le prix aura été réglé. Si l'acheteur rejettoit cette propoſition qui lui ſeroit faite par le vendeur, ce ſeroit une preuve de la ſecrete volonté qu'il auroit de faire un profit injuſte ſur le vendeur.

ARTICLE III.

En quel cas la vilité du prix eſt-elle conſidérée dans le for extérieur.

303. Lorſqu'il s'agit de meubles, le vendeur n'eſt pas écouté dans les Tribunaux à ſe plaindre de la vente qu'il a faite à vil prix, ſur le ſeul fondement de la vilité du prix, quelque énorme que ſoit la léſion qu'il a ſoufferte. Notre Coutume d'Orléans en a une diſpoſition formelle en l'*art.* 446 ; & c'eſt un droit généralement reçu.

304. Néanmoins les loix de la Police ont mis un frein à la cupidité des marchands qui profitent du beſoin d'argent des gens de la campagne pour acheter d'eux, dès avant la récolte, leurs denrées à un très-vil prix qu'ils leur avancent. Pour cet effet ces loix ont défendu, ſous de très-groſſes peines, les achats de bleds en verd, & des autres fruits avant qu'ils fuſſent recueillis : *Voyez les Réglemens du Conſeil de* 1567 *&* 1577, *revêtus de Lettres-Patentes regiſtrées au Parlement, & la Déclaration du* 31 *Août* 1699.

Elles ont pareillement défendu, par la même raiſon, aux marchands de laine d'acheter les laines avant la tonte : *Réglemens du Conſeil des* 4 *Août* 1616, *& du* 7 *Mai* 1737.

Ces Réglemens ne ſont pas néanmoins obſervés tellement à la rigueur, qu'on doive déclarer nulles indiſtinctement toutes les ventes de fruits qui ſe font avant la récolte, ces réglemens ayant eu pour motif d'empêcher que les marchands ne profitaſſent du beſoin d'argent qu'avoient les vendeurs, pour acheter à des conditions déſavantageuſes aux vendeurs. Toutes les fois qu'il n'y a aucune ſuſpicion de ce deſſein, & que le marché paroît fait à des conditions raiſonnables, le marché doit être confirmé : il y en a un Arrêt dans Augeard, du 13 Juin 1720.

Il n'y a ſur-tout aucun lieu à cette ſuſpicion, lorſque l'acheteur n'a pas avancé le prix, & qu'il ne doit être payé que lors de la tradition.

Ces réglemens étant faits en faveur des vendeurs, il n'y a qu'eux qui doivent être reçus à ſe plaindre de ces marchés, l'acheteur ne doit pas y être reçu.

305. A l'égard des héritages, la léſion que le vendeur ſouffre dans le prix, n'eſt pas conſidérée dans le for extérieur lorſqu'elle eſt modique; mais lorſqu'elle eſt énorme, & que le prix pour lequel l'héritage a été vendu eſt au-deſſous de la moitié du juſte prix, les loix accordent au vendeur une action reſciſoire. Nous traiterons de cette action, *part.* 5, *ſect.* 2.

SECTION III.

Des obligations de l'acheteur, qui naiſſent des clauſes particulieres du Contrat de vente.

306. Outre les engagemens de l'acheteur qui naiſſent de la nature du contrat de vente, & de la bonne foi qui y doit régner, dont nous avons traité dans les Sections précédentes, il en peut naître d'autres des clauſes particulieres du contrat. Car ſi par une clauſe particuliere du contrat de vente, on eſt convenu que l'acheteur donneroit, outre le prix, une certaine choſe au vendeur, ou qu'il feroit, ou ne feroit pas quelque choſe, il naît de cette clauſe une obligation que contracte l'acheteur envers le vendeur d'exécuter la convention, & une action qu'a le vendeur pour exiger de l'acheteur qu'il rempliſſe ſon engagement. Cette action eſt une branche de l'action *ex vendito.*

Sur l'effet de cette obligation qui en naît, nous ne pouvons que renvoyer aux principes généraux que nous avons établis en notre Traité des Obligations, ſur l'effet des obligations de donner ou de faire.

Les clauſes les plus fréquentes dans le contrat de vente qui renferment une obligation de la part de l'acheteur, ſont, 1°. la clauſe de réméré, par laquelle l'acheteur s'oblige de rendre au vendeur la choſe, lorſque le vendeur le requerra, à la charge par le vendeur de l'indemniſer de ce qu'il lui a coûté pour l'acquérir : 2°. le pact commiſſoire par lequel l'acheteur s'oblige à la reſtitution de la choſe, à défaut de paiement du prix dans un certain temps : 3°. celui par lequel l'acheteur conſent la réſolution de la vente, au cas que le vendeur trouve dans un certain temps, des conditions de marché plus avantageuſes. La vente faite avec ce pact eſt celle qu'on appelle *addictio in diem.*

Comme les engagemens de l'acheteur, que ces trois clauſes renferment, tendent à la réſolution du contrat de vente, nous en traiterons *infrà*, *part.* 5, *ch.* 2.

QUATRIEME PARTIE.

Aux riſques de qui eſt la choſe vendue, pendant le temps intermédiaire entre le contrat & la tradition.

307. C'EST un principe établi au titre du Digeſte *de peric. & comm. rei vend.* qu'auſſi-tôt que le contrat de vente eſt parfait, la choſe vendue devient aux riſques de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée; de maniere que ſi pendant ce temps elle vient à périr ſans la faute du vendeur, le vendeur devient quitte de ſon obligation, & l'acheteur n'eſt pas pour cela quitte de la ſienne, & n'eſt pas moins obligé de payer le prix convenu.

Que le vendeur ſoit quitte de ſon obligation lorſque la choſe vendue eſt périe ſans ſa faute, c'eſt une conſéquence d'un autre principe, que toute obligation d'un corps certain s'éteint lorſque la choſe ceſſe d'exiſter; *Traité des Obligations, part. 3, chap. 6.* Ce principe eſt pris dans la nature même des choſes; car la choſe due étant le ſujet de l'obligation, il s'enſuit que lorſqu'elle ceſſe d'être, l'obligation ne peut plus ſubſiſter, ne pouvant pas ſubſiſter ſans ſujet.

La ſeconde partie de la déciſion; ſçavoir, que l'obligation de l'acheteur ne laiſſe pas de ſubſiſter, quoique celle du vendeur ſoit éteinte par l'extinction de la choſe, paroit ſouffrir plus de difficulté: néanmoins elle eſt vraie, & fondée dans la nature du contrat de vente. Ce contrat eſt du nombre de ceux qu'on appelle *conſenſuels*, qui ſont parfaits par le ſeul conſentement des contractans: la tradition de la choſe vendue n'eſt point néceſſaire pour la perfection de ce contrat. L'obligation que l'acheteur contracte de payer le prix, étant donc parfaite par le ſeul conſentement des parties qui eſt intervenu, & indépendamment de la tradition, elle doit ſubſiſter, quoique la choſe vendue ait ceſſé d'exiſter, & ne puiſſe plus être livrée. Il eſt vrai que tant que le vendeur eſt en demeure de livrer la choſe, il ne peut exiger le prix; parce qu'il ne peut être recevable à demander que l'acheteur s'acquitte envers lui de ſon obligation, lorſqu'il eſt de ſon côté en demeure de ſatisfaire à la ſienne. Mais lorſque l'obligation du vendeur eſt éteinte par une des manieres naturelles dont les obligations s'éteignent, l'acheteur n'a plus rien à lui oppoſer pour ſe défendre d'exécuter de ſon côté ſon obligation, qui ayant été une fois valablement contractée, ſubſiſte toujours, & ne peut s'éteindre que par quelqu'une des manieres dont s'éteignent les obligations.

Pluſieurs modernes qui ont traité du Droit naturel, du nombre deſquels ſont Puſendorf, Barbeyrac, *&c.* ont cru que les Juriſconſultes Romains s'étoient écartés ſur cette matiere des vrais principes du Droit naturel, & ils ſoutiennent au contraire que la choſe vendue eſt au riſque du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire; que c'eſt ſur lui que doit tomber la perte qui

arrive de cette choſe quoique ſans faute, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en demeure de la recevoir ; & pareillement que c'eſt lui qui doit profiter des accroiſſemens qui ſurviendroient dans la choſe vendue. Leurs argumens ſont, 1°. que c'eſt une maxime reconnue par les Juriſconſultes Romains eux-mêmes, qu'une choſe eſt aux riſques du propriétaire, *res perit domino*. La réponſe à cette objection, eſt que cette maxime reçoit application, lorſqu'on oppoſe le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'uſage de la choſe : en ce cas la choſe périt pour le propriétaire, plutôt que pour ceux qui en avoient la garde ou l'uſage, leſquels, par la perte qui arrive de la choſe ſans leur faute, ſont déchargés de l'obligation qu'ils avoient contractée de la rendre. Mais lorſqu'on oppoſe le propriétaire débiteur d'une choſe, au créancier de cette choſe qui a une action contre le propriétaire pour ſe la faire livrer ; en ce cas la choſe périt pour le créancier, plutôt que pour le propriétaire, qui par la perte de la choſe eſt libéré de l'obligation de la livrer. En effet chacun perd le droit qu'il a dans une choſe ou par rapport à une choſe, lorſqu'elle périt par cas fortuit : le vendeur propriétaire de la choſe perd ſon droit de propriété tel qu'il l'avoit, c'eſt-à-dire un droit qu'il ne pouvoit retenir, & qu'il étoit obligé de transférer à l'acheteur : l'acheteur de ſon côté perd le droit qu'il avoit par rapport à cette choſe, c'eſt-à-dire le droit qu'il avoit de ſe la faire livrer.

On oppoſe, 2°. que l'acheteur ne s'eſt obligé à payer le prix, qu'à condition qu'on lui donneroit la choſe. Je nie la propoſition : il s'oblige à payer le prix, non pas à condition que le vendeur lui donne la choſe, mais plutôt à condition que le vendeur s'oblige de ſon côté envers lui, à lui faire avoir la choſe ; il ſuffit donc que le vendeur s'y ſoit valablement obligé, & n'ait pas manqué à ſon obligation, pour que l'obligation de l'acheteur ait une cauſe, & ſubſiſte.

Quoique les raiſons pour le ſentiment des Juriſconſultes Romains me paroiſſent devoir l'emporter, néanmoins il faut avouer que la queſtion a ſa difficulté, & qu'il ſembleroit même que les Juriſconſultes Romains n'auroient pas été unanimes ſur cette queſtion ; car Africain, en la Loi 33, ff. *locat.* dit formellement que ſi le fiſc s'eſt emparé de l'héritage que je vous avois vendu avant que je vous l'euſſe livré, de maniere qu'il ne ſoit plus en mon pouvoir de vous le livrer, je ne ſerai à la vérité tenu envers vous d'aucuns dommages & intérêts ; mais je ſerai tenu de vous rendre le prix de la vente. Ce texte a paru ſi formel à Cujas, que dans ſon Traité *ad African.* ſur cette Loi, il a été juſqu'à ſoutenir que ſelon le Droit Romain la choſe vendue n'étoit pas aux riſques de l'acheteur, contre la déciſion formelle des autres textes de Droit & le ſentiment général, contre ce qu'il a écrit lui-même, *ad* L. 34, §. *alia cauſ.* ff. *de cont. empt. lib.* 33 ; *Paul ad ed.* Les autres Interpretes ont imaginé différentes conciliations : la plus plauſible eſt celle de Davezan, Profeſſeur de notre Univerſité d'Orléans, en ſon Traité *de contr.* Il dit que dans l'eſpece rapportée par Africain, ſi l'acheteur a la répétition du prix, c'eſt que les Loix qui ordonnoient aux poſſeſſeurs de quitter la poſſeſſion de leur héritage, pour quelque cauſe publique, portoient apparemment cette clauſe, *nonobſtant toutes ventes qu'ils en auroient faites précédemment, leſquelles demeureront nulles.* La vente étant donc en ce cas reſcindée, l'acheteur a la répéti-

tion du prix ; mais lorſque la choſe vendue a péri, la vente n'eſt pas pour cela reſcindée. Quand même on n'admettroit pas cette conciliation, & qu'Africain auroit été véritablement d'un ſentiment contraire au nôtre, ce ſentiment d'Africain, qui ſe trouve rapporté dans le Digeſte incidemment à une autre queſtion, doit céder aux déciſions formelles des autres Juriſconſultes, en la Loi 7, & en la Loi 8, ff. *de peric. & comm. R. v.* & aux déciſions des Empereurs ; ſçavoir, d'Alexandre, en la Loi 1 ; & de Gordien, en la Loi 4, *Cod. dict. tit.* & enfin de Juſtinien dans ſes *Inſtit. de empt. vend.* § 4, qui dit préciſément, *emptoris damnum eſt, & TENETUR PRETIUM SOLVERE.*

308. Après avoir établi que la choſe vendue devient aux riſques de l'acheteur, auſſi-tôt que le contrat de vente a reçu ſa perfection, il faut diſcuter quand eſt-ce qu'il a reçu cette perfection.

Ordinairement le contrat de vente eſt cenſé avoir reçu ſa perfection, auſſi-tôt que les parties ſont convenues du prix pour lequel la choſe ſeroit vendue. Cette regle a lieu lorſque la vente eſt d'un corps certain, & qu'elle eſt pure & ſimple ; *Si id quod venierit appareat quid quale quantumve ſit, & pretium, & purè venit ; perfecta eſt emptio ;* L. 8, ff. *de peric. & comm. R. vend.*

Si la vente eſt de ces choſes qui conſiſtent *in quantitate*, & qui ſe vendent au poids, au nombre, ou à la meſure ; comme ſi l'on a vendu dix muids de bled de celui qui eſt dans un tel grenier, dix milliers peſant de ſucre, un cent de carpes, *&c.* la vente n'eſt point parfaite que le bled n'ait été meſuré, le ſucre peſé, les carpes comptées ; car juſqu'à ce temps, *nondum apparet quid venierit.* Il n'eſt pas encore conſtant quel eſt le bled, quel eſt le ſucre, quelles ſont les carpes qui ſont l'objet de la vente, puiſque ce ne doit être que le bled qui aura été meſuré, le ſucre qui aura été peſé, les carpes qui auront été comptées.

Il eſt vrai que dès avant la meſure, le poids, le compte, & dès l'inſtant du contrat, les engagemens qui en naiſſent, exiſtent. L'acheteur a dès-lors action contre le vendeur, pour ſe faire livrer la choſe vendue, comme le vendeur a action pour le paiement du fruit en offrant de le livrer. Mais quoique l'engagement du vendeur ſubſiſte dès-lors, il eſt vrai de dire qu'il n'a pas encore toute ſa perfection, en ce ſens qu'il n'a encore qu'un objet indéterminé, & qui ne doit devenir déterminé que par la meſure, le poids ou le compte. Ce n'eſt donc que depuis qu'on aura fait cette meſure, ce poids, ce compte, que la choſe vendue peut devenir aux riſques de l'acheteur ; car les riſques ne peuvent tomber que ſur quelque choſe de déterminé.

Cette déciſion a lieu, non-ſeulement lorſqu'on a vendu une certaine quantité de marchandiſes à prendre dans un magaſin où il peut y en avoir davantage, parce qu'en ce cas, comme nous venons de le dire, juſqu'à ce que la meſure ou le poids en ait été fait, ce qui a été vendu ne conſiſte encore en aucun corps déterminé ſur lequel le riſque puiſſe tomber. Elle a lieu auſſi dans le cas où l'on auroit vendu tout ce qu'il y a dans un magaſin, dans un grenier, ſi la vente en a été faite à raiſon de tant par chaque millier, par chaque muid de bled, *&c.*

La vente en ce cas n'eſt point cenſée parfaite, & les marchandiſes vendues ne ſont point aux riſques de l'acheteur, juſqu'à ce qu'elles aient été me-

ſurées ou peſées; car juſqu'à ce temps, *non apparet quantum venierit.* Le prix n'étant conſtitué que pour chaque millier qui ſera peſé, chaque muid qui ſera meſuré, il n'y a point encore de prix déterminé, avant la meſure ou le poids; & par conſéquent la vente avant ce temps n'eſt point aſſez parfaite pour que le riſque des choſes vendues puiſſe concerner l'acheteur; il n'en doit être chargé qu'après que les marchandiſes auront été peſées ou meſurées.

Mais ſi ces choſes n'ont pas été vendues au poids ou à la meſure, mais *per averſionem*, c'eſt-à-dire, en bloc pour un ſeul & même prix; en ce cas la vente eſt parfaite dès l'inſtant du contrat, & dès ce temps ces choſes, de même que toutes les autres, ſont aux riſques de l'acheteur. Tous ces principes ſont tirés de la Loi 35, §. 5, *de cont. empt.*

309. La choſe vendue, dès le moment du contrat, étant aux riſques de l'acheteur, lorſqu'elle eſt vendue *per averſionem*, demeurant au contraire aux riſques du vendeur, juſqu'à ce que le meſurage en ait été fait, lorſqu'elle eſt vendue *à la meſure*, il eſt intéreſſant de ſçavoir quand la vente eſt cenſée faite *per averſionem*, & quand elle eſt cenſée faite à la meſure. Les regles ſuivantes le feront connoître.

Premiere Regle. Il n'eſt pas douteux que la vente eſt faite *à la meſure*, lorſque le prix eſt expreſſément convenu pour chaque meſure; ſoit que le contrat porte qu'on vend tant de muids de bled qui ſont dans tel grenier, à raiſon de tant par muid; ſoit qu'il porte qu'on vend un tas de bled qui eſt dans un tel grenier qui contient dix muids, à raiſon de tant le muid. Dans l'un & dans l'autre cas la vente eſt faite à la meſure. Toute la différence eſt que dans le premier cas, le ſurplus de ce qui ſe trouveroit au-delà des dix muids n'eſt pas vendu; au-lieu que dans le ſecond cas tout le tas de bled eſt vendu, quoiqu'il ſe trouve plus de dix muids.

Seconde Regle. Lorſqu'on vend tant de meſures d'une telle choſe, la vente ne laiſſe pas d'être cenſée faite à la meſure, quoique les termes du contrat n'expriment qu'un ſeul prix. Comme lorſqu'il eſt dit qu'on vend dix muids de bled pour cinq cents livres, ce prix étant cenſé n'être que le total des prix pour leſquels chaque muid eſt vendu, *Non intereſt unum pretium omnium metretarum an ſemel dictum ſit, an in ſingulos eos; d.* L. 35, §. 7, *de contr. empt.*

Troiſieme Regle. Lorſqu'on vend pour un ſeul prix, non tant de meſures d'une telle choſe, mais une telle choſe qu'on dit contenir tant de meſures, la vente eſt faite *per averſionem;* comme lorſqu'il eſt dit qu'on vend pour la ſomme de mille livres un tel pré qu'on aſſure être de la contenance de vingt arpens; & en conſéquence la choſe eſt dès le moment du contrat aux riſques de l'acheteur; L. 10, §. 1, *de per.* L'expreſſion du nombre des arpens n'a d'autre effet en ce cas que d'obliger le vendeur à faire raiſon à l'acheteur du défaut de contenance, s'il s'en trouve moins, comme il a été dit *ſuprà part.* 2.

310. Il y a de certaines choſes qui ſe vendent à la charge de les goûter, comme du vin, de l'huile, *&c.* Ces ventes ſont encore moins parfaites du côté de l'acheteur, juſqu'à ce que les choſes vendues aient été goûtées, que ne le ſont les ventes des choſes faites à la meſure juſqu'à ce qu'elles aient été meſurées; car dans celle-ci, dès l'inſtant du contrat, il ne dépend plus

de l'acheteur que la vente n'ait pas lieu. Dès avant que les marchandiſes aient été peſées ou meſurées, il eſt auſſi obligé que le vendeur à exécuter le marché; & le poids & la meſure n'interviennent que pour déterminer & fixer ce qui a été vendu : au-lieu que dans les ventes faites à la charge du goût, l'acheteur peut ne pas exécuter le marché, s'il ne trouve pas la marchandiſe à ſon goût; *Alia cauſa deguſtandi, alia metiendi, guſtus ad hoc proficit ut improbare liceat;* L. 34, §. 5, ff. *de contr. empt.* Ces ventes ſont donc juſqu'à la déguſtation encore plus imparfaites que celles faites au poids & à la meſure, & par conſéquent dans ces ventes, les choſes vendues ne doivent point être aux riſques de l'acheteur, juſqu'à ce qu'il ait été conſtitué en demeure de faire cette déguſtation.

Dans l'uſage de nos Tribunaux, différent du Droit Romain, il faut pour que l'acheteur ſoit conſtitué en demeure, que le vendeur ait obtenu ſentence qui ordonne que l'acheteur fera la déguſtation dans tel jour; ſinon & faute de ce, que le marché ſera exécuté purement & ſimplement.

Obſervez auſſi qu'il faut diſtinguer ſi l'acheteur a ſtipulé qu'il goûteroit la marchandiſe pour ſçavoir ſi elle eſt à ſon goût; ou ſeulement pour connoître ſi elle eſt bonne, loyale, marchande & non gâtée : ce n'eſt que dans le premier cas qu'il peut ne pas tenir le marché, en déclarant, après qu'il l'aura goûtée qu'il ne la trouve pas à ſon goût; dans l'autre cas il ne peut refuſer la marchandiſe, ſi elle ſe trouve bonne.

311. Lorſqu'une vente a été contractée ſous condition, la perte qui arrive par la détérioration de la choſe pendant le temps intermédiaire entre le contrat & l'exiſtence de la condition, tombe ſur l'acheteur, ſi la condition vient à exiſter; car le vendeur n'eſt tenu de la livrer que telle qu'elle ſe trouve, lorſque ce n'eſt point par ſa faute qu'elle a été détériorée.

Mais la perte totale de la choſe tombe ſur le vendeur; car la condition qui exiſteroit après la perte totale de la choſe, ne peut pas confirmer la vente de ce qui n'eſt plus.

312. Dans les ventes alternatives, ſoit que le choix ait été laiſſé au vendeur, ſoit qu'il ait été expreſſément accordé à l'acheteur, la premiere des deux choſes qui vient à périr depuis le contrat, périt pour le vendeur; car celle qui reſte, demeure *in obligatione*, il eſt obligé de la livrer. Mais ſi celle qui reſte vient auſſi à périr, elle périt pour l'acheteur, qui demeure obligé au paiement du prix, quoiqu'il ne reſte aucune des choſes vendues qui lui puiſſe être livrée.

Voyez ce que nous avons dit des obligations alternatives en notre Traité des Obligations, part. 2, chap. 2, art. 6.

Si elles périſſent en même-temps, le vendeur eſt pareillement libéré de ſon obligation, & l'acheteur demeure débiteur du prix; L. 34, §. 6, ff. *de contr. empt.*

CINQUIEME PARTIE.

De l'exécution & de la réſolution du Contrat de Vente.

CHAPITRE PREMIER.

De l'exécution du Contrat de Vente, & particuliérement de la tradition ou délivrance de la choſe vendue.

LE contrat de vente s'exécute de la part de l'acheteur, par le paiement qu'il fait au vendeur de la ſomme convenue.

Il s'exécute de la part du vendeur, par la tradition ou délivrance de la choſe vendue.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes eſpeces de tradition.

313. La tradition eſt réelle ou feinte.

La tradition réelle ſe fait lorſque l'acheteur eſt mis en poſſeſſion réelle de la choſe vendue.

Poſſéder, c'eſt tenir une choſe par ſoi, ou par un autre qui la détienne en notre nom; *eſt corporaliter rei inſiſtere, vel per ſe, vel per alium.*

La tradition feinte eſt celle par laquelle l'acheteur eſt feint d'être mis en poſſeſſion de la choſe vendue, quoique la choſe reſte par-devers le vendeur.

Cette fiction réſulte de la clauſe de conſtitut, par laquelle le vendeur ſe conſtitue tenir la choſe au nom de l'acheteur. Par cette clauſe l'acheteur eſt cenſé comme prendre poſſeſſion de la choſe vendue par le miniſtere du vendeur, qui dès lors eſt cenſé ne la plus poſſéder en ſon nom, mais la tenir au nom de l'acheteur.

Dans notre Coutume d'Orléans, la ſimple clauſe de *déſaiſine ſaiſine* qui s'inſere dans les actes qui ſe paſſent pardevant Notaires, a le même effet que la précédente, & équipolle à tradition, ſuivant l'article 278.

Si le vendeur s'étoit retenu l'uſufruit de la choſe vendue, cette retention d'uſufruit équipolleroit auſſi à tradition; car comme on ne peut être uſufruitier de ſa propre choſe, le vendeur en ſe rendant uſufruitier, déclare ſuffiſamment qu'il ne poſſede plus la choſe comme ſa propre choſe; qu'il ne la poſſede plus en ſon nom, mais au nom de l'acheteur de qui il la tient à titre d'uſufruit; L. 28, *Cod. de donat.*

Il en eſt de même lorſque par le contrat de vente l'acheteur fait au vendeur un bail à loyer ou à ferme de l'héritage vendu: ce bail tient lieu de tradition;

car

car le vendeur ne tenant plus l'héritage comme une choſe à lui appartenante, mais comme fermier ou locataire de l'acheteur, il ceſſe de le poſſéder, & l'acheteur commence à le poſſéder par ſon miniſtere : *nam poſſidemus per colonos aut inquilinos noſtros ;* L. 25, §. 1, ff. *de acquir. poſſeſ.*

Lorſque la choſe vendue eſt pardevers l'acheteur qui la tenoit du vendeur à titre de loyer, ou de prêt à uſage, ou de dépôt, ou autrement, le ſeul conſentement du vendeur & de l'acheteur, que l'acheteur la poſſede dorénavant en ſon nom & comme propriétaire, tient lieu de tradition. Il a plu aux Docteurs d'appeller cette tradition, *traditio brevis manûs ;* parce que, diſent-ils, *nihil brevius hac traditione.*

Dans les choſes de grand poids, la permiſſion que donne le vendeur à l'acheteur, ou à quelqu'un venu de ſa part, de l'enlever, tient lieu de tradition lorſque cette permiſſion ſe donne *in re præſenti.* L'acheteur, ou celui qui eſt envoyé de ſa part, avant que de s'être mis en devoir de l'enlever, eſt cenſé par cette permiſſion qui lui eſt donnée, prendre poſſeſſion de la choſe, *oculis & affectu ;* L. §. 21, ff. *de acq. poſ.*

314. Toutes les eſpeces de traditions feintes dont il a été parlé juſqu'à préſent, ſe font *nudâ voluntate*, par le ſeul conſentement des parties. Il y en a qui s'operent par le moyen & l'intervention de quelque ſymbole, & qui pour cet effet, s'appellent *traditions ſymboliques.*

Par exemple, la remiſe des clefs d'une maiſon, ou autre édifice, faite par le vendeur ou l'acheteur, tient lieu de la tradition de cette maiſon, la remiſe des clefs étant le ſymbole de la tradition réelle ; L. 9, §. 6, ff. *de acquir. rer. dom.*

Il en eſt de même des clefs du grenier ou magaſin où ſont les choſes vendues. La remiſe des clefs tient lieu de tradition deſdites marchandiſes. Papinien, en la L. 47, ff. *de contrah. empt.*, veut pour que cette remiſe des clefs équipolle à la tradition de la choſe, qu'elle ſe faſſe *in re præſenti, apud horrea.* Je penſe que ſelon nos uſages, cela n'eſt pas néceſſaire. C'eſt l'avis de Tiraqueau, *de jure conteſt. poſſ. p.* 2.

La remiſe des titres paſſe auſſi pour une tradition ſymbolique de la choſe ; L. 1, *Cod. de donat.*

315. La marque que l'acheteur met aux tonneaux, ne tient pas lieu de la tradition, elle eſt cenſée miſe, *magis ne ſummutentur ;* L. 1, ff. *de peric. rei vend.*

Secùs in rebus magni ponderis ; L. 14, §. 1, ff. *d. tit.*

316. Les choſes incorporelles *quæ in jure conſiſtunt, quæ tangi non poſſunt*, qui ne tombent pas ſous les ſens, ne pouvant pas être proprement poſſédées, il s'enſuit qu'il ne peut pas y avoir, par rapport à ces choſes, de tradition réelle & proprement dite. Mais comme à l'égard de ces choſes la jouiſſance tient lieu de poſſeſſion, c'eſt par rapport à ces choſes une eſpece de tradition, lorſque le vendeur ſouffre que l'acheteur en jouiſſe : *uſus & patientia in rebus corporalibus pro traditione eſt.*

Par exemple, ſi j'ai vendu au propriétaire de l'héritage voiſin du mien le droit de faire paître ſes beſtiaux ſur mon héritage, la tradition de ce droit de ſervitude ſera cenſée s'être faite lorſque le voiſin aura commencé, de mon con-

ſentement, à uſer du droit de ſervitude que je lui ai vendu, en faiſant paître ſes beſtiaux ſur mon héritage.

Dans la vente des créances & des actions, c'eſt la ſignification du tranſport que l'acheteur fait au débiteur, qui tient lieu de tradition de la créance vendue; ainſi que nous le verrons plus bas, Partie ſuivante.

317. Lorſque le vendeur n'eſt pas lui-même en poſſeſſion de la choſe qu'il vend, il eſt évident qu'il ne peut faire aucune tradition réelle ni feinte de cette choſe; car la tradition étant *datio poſſeſſionis*, le vendeur qui n'a pas lui-même la poſſeſſion de la choſe qu'il vend, ne peut la donner à l'acheteur, *nemo dat quod non habet.* Il ne peut en ce cas que ſubroger l'acheteur au droit qu'il a de revendiquer la choſe. La demande que donne l'acheteur en conſéquence de cette ſubrogation, ne le ſaiſit que du droit de revendiquer, & non de la choſe revendiquée qui lui a été vendue: ce n'eſt que le délais qui lui eſt fait ſur cette demande, qui le ſaiſit de cette choſe, & qui lui en fait acquérir la propriété, en lui en faiſant paſſer la poſſeſſion.

ARTICLE II.

De l'effet de la tradition.

318. Lorſque le vendeur eſt propriétaire de la choſe vendue & capable de l'aliéner; ou s'il ne l'eſt pas, lorſqu'il a le conſentement du propriétaire, l'effet de la tradition eſt de faire paſſer en la perſonne de l'acheteur la propriété de la choſe vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait ſuivi ſa foi.

Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagemens perſonnels entre les contractans: ce n'eſt que la tradition qui ſe fait en conſéquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la choſe qui a fait l'objet du contrat, ſuivant cette regle: *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur;* L. 20, *Cod. de pact.*

319. Delà il ſuit que ſi le propriétaire d'une choſe, après l'avoir vendue à un premier acheteur ſans la lui livrer, avoit la mauvaiſe foi de la vendre & livrer à un ſecond, ce ſeroit à ce ſecond acheteur que la propriété ſeroit transférée; L. *quoties* 15, *Cod. de rei vindic.* Le premier n'auroit qu'une action perſonnelle contre le vendeur pour ſes dommages & intérêts réſultans de l'inexécution du contrat; & il ne pourroit la répéter contre le ſecond acheteur qui l'auroit achetée de bonne foi, *inſcius prioris venditionis.*

320. Delà il ſuit pareillement que les créanciers du vendeur peuvent ſaiſir la choſe que leur débiteur a vendue avant qu'il l'ait livrée, quand même l'acheteur en auroit payé le prix; l'acheteur, en ce cas, n'a qu'une action contre ſon vendeur, & n'a aucun privilege ſur cette choſe.

Mais ſi une fois la tradition en a été faite, la propriété ayant paſſé à l'acheteur, les créanciers du vendeur ne peuvent plus ſaiſir cette choſe, qui n'appartient plus à leur débiteur. Les créanciers hypothécaires ont ſeulement en ce cas l'action hypothécaire contre l'acheteur ou autre poſſeſſeur, ſi c'eſt

un immeuble. A l'égard des meubles ils n'ont pas de ſuite par hypotheque, ſauf en un cas auquel un locataire ou fermier auroit vendu des meubles exploitans la maiſon ou métairie qu'il tient à loyer ou à ferme, auquel cas la Coutume permet au propriétaire de la maiſon ou métairie de ſuivre ces effets qui ſont ſon gage; mais il n'a pour cette ſuite qu'un temps court de huitaine ſi c'étoit une maiſon, ou le temps de quarante jours, ſi c'étoit une métairie que ces meubles exploitoient.

Les créanciers même chirographaires peuvent auſſi en un cas ſuivre les meubles de leur débiteur qui ont été livrés à l'acheteur; ſçavoir, lorſque leur débiteur étant inſolvable les a vendus en fraude, & que l'acheteur a été participant de la fraude, ayant eu connoiſſance de l'inſolvabilité de ſon vendeur; *tit. ff. his quæ in fraud. cred.*

321. C'eſt une queſtion agitée entre les Auteurs, ſi la tradition feinte qui a été faite à l'acheteur doit à cet égard avoir le même effet que la tradition réelle qui lui auroit été faite, & ſi elle eſt cenſée lui avoir transféré la propriété, même vis-à-vis les tiers. Suppoſons, par exemple, que la choſe eſt à la vérité demeurée pardevers le vendeur, & que l'acheteur n'en a pas été mis en poſſeſſion réelle, mais que le contrat de vente portoit une clauſe par laquelle il étoit dit que le vendeur s'eſt déſaiſi de la choſe vendue & en a ſaiſi l'acheteur, déclarant qu'il la tenoit dorénavant au nom & pour l'acheteur, ou bien qu'il y eût une clauſe par laquelle il fût dit que le vendeur retenoit la choſe comme la tenant à titre de ferme de l'acheteur, pour une certaine ſomme par chacun an. On demande ſi dans ce cas l'acheteur ſera bien fondé à revendiquer la choſe, ſoit contre des créanciers qui l'auroient ſaiſie entre les mains du vendeur, ſoit contre un ſecond acheteur à qui le vendeur l'auroit depuis livrée, & qui s'en trouveroit en poſſeſſion réelle? Charondas, en ſes Réponſes, décide en faveur du ſecond acheteur, & il cite pour ſon opinion deux Arrêts, l'un de 1498, l'autre de 1569. Belordeau, *liv. 1, chap. 18*, cite auſſi pour la même opinion deux Arrêts de ſon Parlement de Bretagne. Leur raiſon eſt que ces traditions feintes ne conſiſtant dans aucun fait extérieur, mais dans une ſimple convention intervenue entre le vendeur & le premier acheteur, elles ne peuvent avoir la vertu & l'éfficacité d'être réputées, au moins vis-à-vis des tiers, avoir transféré la propriété de la choſe vendue au premier acheteur, ſuivant la regle *Traditionibus non nudis conventionibus dominia rerum transferuntur*; L. 20, *Cod. de pact.* Les conventions ne devant avoir d'effet qu'entre les perſonnes qui y ſont parties, les traditions feintes qui ne réſultent d'aucun fait extérieur, mais de la convention des parties, ne peuvent être réputées avoir vis-à-vis des tiers transféré la propriété.

Au contraire Guypape, *déciſ. 112*, ſoutient que la tradition feinte transfere auſſi réellement & auſſi véritablement le domaine & la propriété d'une choſe que la tradition réelle, même vis-à-vis les tiers. Par la tradition feinte qui réſulte de la clauſe de rétention d'uſufruit, ou de la clauſe de rétention de la choſe à titre de ferme ou loyer, ou même par la ſimple clauſe de conſtitut, l'acheteur prend véritablement poſſeſſion de la choſe qui lui eſt vendue; & par cette priſe de poſſeſſion il en acquiert véritablement la propriété: car nous

pouvons acquérir la poſſeſſion & la propriété d'une choſe, non-ſeulement par nous-mêmes, mais par le miniſtere d'une autre perſonne qui en prend poſſeſſion en notre nom, *animo noſtro, corpore etiam alieno poſſidemus*; L. 3, §. 12, ff. *de acquir. poſſeſ. Generaliter quiſquis noſtro nomine ſit in poſſeſſione, nos poſſidere videmur*; L. 9, ff. *d. tit.* Or par ces clauſes le vendeur prend poſſeſſion au nom de l'acheteur, de la choſe qu'il lui vend. L'acheteur en acquiert donc la poſſeſſion par le miniſtere du vendeur, de même qu'il l'acquerroit par le miniſtere de tout autre qui en prendroit poſſeſſion pour lui. Cette tradition a donc le même effet que la tradition réelle, & doit pareillement transférer la propriété. En vain oppoſe-t-on la Loi qui dit, *Non nudis conventionibus, dominia rerum transferuntur*, & que les conventions n'ont d'effet qu'entre les perſonnes qui y étoient parties; car cela eſt vrai des pures conventions: mais celles qui ſont accompagnées de traditions feintes ne ſont pas de ſimples & nues conventions; & il eſt expreſſément décidé en la Loi 77, *de rei vindic.* qu'une pareille tradition feinte réſultante d'une rétention d'une choſe à titre de ferme par le donateur, avoit mis le donataire en poſſeſſion, & lui avoit transféré la propriété de la choſe, & en conſéquence le droit de revendiquer. De tous ces principes, Guypape conclut qu'un premier acheteur à qui on n'a fait qu'une tradition feinte de la choſe qui lui a été vendue, peut la revendiquer contre un ſecond acheteur qui en auroit la poſſeſſion réelle; & il atteſte que c'eſt la Juriſprudence conſtante de ſon Parlement de Dauphiné. Je crois cette ſeconde opinion plus véritable avec cette limitation, pourvu que la preuve de la tradition ſoit établie par un acte authentique; ou ſi l'acte eſt ſous ſignature privée, pourvu que l'antériorité de la date à la tradition réelle faite au ſecond acheteur ou à la ſaiſie faite par les créanciers du vendeur, ſoit ſuffiſamment conſtatée, *putà* par la mort de quelqu'une des parties qui l'ont ſouſcrit.

322. Il eſt particulier à la tradition qui ſe fait en exécution du contrat de vente, qu'elle ne transfere la propriété à l'acheteur, que lorſque le vendeur a été payé ou ſatisfait du prix; *inſtit. tit. de rer. diviſ.* §. 41.

La raiſon eſt que le vendeur qui vend au comptant, eſt cenſé n'avoir volonté de transférer la propriété que ſous cette condition. Mais lorſque le vendeur a bien voulu faire crédit du prix à l'acheteur, la tradition qui lui eſt faite de la choſe, lui en transfere la propriété avant qu'il en ait payé le prix. C'eſt pourquoi après que Juſtinien a dit: *Venditæ & traditæ res non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is venditori pretium ſolverit, vel ei alio modo ſatisfecerit*, &c. il ajoute: *ſed ſi is qui vendiderit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt ſtatim rem emptoris fieri*; d. §. 41.

323. Lorſqu'il y a un terme accordé expreſſément par le contrat pour le paiement du prix, la volonté que le vendeur a eue de faire crédit ne peut être équivoque; il ne peut être douteux que la tradition faite en conſéquence de ce contrat, transfere la propriété à l'acheteur.

324. Lorſqu'il n'y a aucun terme porté par le contrat, la tradition de la choſe, lorſque le vendeur n'a pas proteſté expreſſément qu'il ne la faiſoit qu'à la charge que l'acheteur payeroit incontinent, ſuffit-elle ſeule pour faire pré-

ſumer que le vendeur a bien voulu ſuivre la foi de l'acheteur, & qu'en conſéquence la tradition lui a transféré la propriété ? Quelques Docteurs ont ſoutenu l'affirmative : *Fabianus de Monte* en ſon Traité *de empt. vend.* réfute fort bien cette opinion. L'acheteur qui ſoutient que le vendeur a bien voulu lui faire crédit & ſuivre la foi, doit le prouver. Le crédit ne ſe préſume point : au contraire dans les contrats ſynallagmatiques, chacun eſt préſumé ne vouloir accomplir ſon engagement qu'autant que l'autre partie accomplira en même temps le ſien. Si la tradition ſeule & par elle-même faiſoit préſumer ce crédit, ce ſeroit mal-à-propos que Juſtinien enſeigneroit comme un principe particulier au contrat de vente, que la tradition des choſes vendues n'en transfere pas la propriété, ſi le vendeur n'a ſuivi la foi de l'acheteur, puiſqu'il ſeroit toujours préſumé l'avoir ſuivie.

Mais ſi le vendeur, après avoir livré la choſe, avoit laiſſé écouler un temps conſidérable ſans en demander le prix, il eſt évident en ce cas qu'il a ſuivi la foi de l'acheteur, & par conſéquent la propriété ſera cenſée transférée par la tradition.

325. Lorſque le vendeur a vendu & livré la choſe ſans le conſentement du propriétaire, il eſt évident qu'il n'a pu transférer à l'acheteur un droit de propriété qu'il n'avoit pas : *Nemo plus juris ad alium transferre poteſt quàm ipſe habet ;* L. 54, ff. *de reg.* La tradition qui eſt faite à l'acheteur n'eſt pas pour cela ſans effet. Si elle ne lui transfere pas la propriété, elle lui donne la poſſeſſion civile de la choſe ; & cette poſſeſſion civile, lorſqu'elle eſt accompagnée de bonne foi, donne à l'acheteur, 1°. le droit de percevoir les fruits, ſans obligation de les rendre au vrai propriétaire qui par la ſuite revendiqueroit la choſe : 2°. la poſſeſſion de bonne foi, après une durée de dix ans, lorſque le propriétaire demeure dans la même Province que le poſſeſſeur ; ou après une durée de vingt ans, lorſqu'ils demeurent en différentes Provinces, fait acquérir à l'acheteur la propriété de la choſe que ſon vendeur n'avoit pu lui tranſmettre : ce qui s'appelle *preſcription* ou *uſucapion.*

On appelle *bonne foi*, l'opinion où eſt le poſſeſſeur, que la choſe appartenoit à celui de qui il l'a acquiſe, & qu'il avoit le pouvoir de l'aliéner.

Cette opinion ſe préſume dans tout poſſeſſeur qui rapporte un titre de ſa poſſeſſion, à moins que le contraire ne paroiſſe.

Notre Coutume d'Orléans n'admet point cette preſcription de dix ou vingt ans, elle n'admet que celle de trente ans. Ces preſcriptions ne courent pas contre les mineurs : il faut quarante ans pour preſcrire contre l'Egliſe. Voyez le Traité de la Preſcription, *Part. 2, art. 1 & ſuiv. tome 4 ;* & l'Introduction au titre 14 de la Coutume d'Orléans, *ſect. 1.*

CHAPITRE II.

De la réſolution du Contrat de Vente.

LE contrat de vente peut ſe réſoudre par le conſentement mutuel des parties contractantes avant qu'il ait été entiérement exécuté. Nous traiterons de cette eſpece de réſolution dans une premiere Section.

Le contrat, même depuis qu'il a été entiérement exécuté, peut être ou reſcindé par quelque action reſciſoire, ou réſolu pour l'avenir par quelque action réſolutoire.

Il y a lieu aux actions reſciſoires, ou pour cauſe de minorité, ou même à l'égard des actes paſſés entre majeurs, pour cauſe de violence, de dol, de léſion énorme, ou pour quelqu'autre juſte cauſe.

L'action reſciſoire pour cauſe de léſion énorme, c'eſt-à-dire, d'outre moitié du juſte prix, fera la matiere de la ſeconde Section de ce Chapitre. Nous ne traiterons pas des actions reſciſoires qui naiſſent des autres cauſes de reſciſion. Ces actions n'ayant rien qui ſoit particulier au contrat de vente, nous en traiterons dans un Traité des différentes actions. Obſervez que la reſciſion d'un contrat de vente peut être demandée non-ſeulement par l'une des parties contractantes ou par ſes héritiers, mais quelquefois par des tiers, comme lorſqu'une vente a été faite par un débiteur en fraude de ſes créanciers, ou par un accuſé de crime capital en fraude de la confiſcation. Dans ces cas les créanciers ou le ſeigneur à qui la confiſcation appartient, ont une action révocatoire pour faire déclarer nul & frauduleux le contrat de vente, & répéter les choſes vendues.

Le contrat de vente par les actions reſciſoires eſt reſcindé comme s'il n'avoit jamais été fait: les actions réſolutoires ne le réſolvent que pour l'avenir. Ces actions naiſſent des clauſes réſolutoires qui ſont appoſées au contrat. Quelquefois la clauſe réſolutoire eſt appoſée en faveur de l'acheteur, comme dans les ventes faites à l'eſſai, dont nous avons traité ci-deſſus, *Part.* 2, *Chap.* 3, *Art.* 3. Le plus communément elles ſont appoſées en faveur du vendeur. Les plus ordinaires ſont la clauſe de réméré dont nous traiterons dans la troiſieme Section: celle par laquelle le vendeur ſtipule la réſolution du contrat, s'il trouve dans un certain temps une condition plus avantageuſe, nous en traiterons dans une quatrieme Section: le pact commiſſoire dont nous traiterons dans la cinquieme Section. Nous examinerons dans une ſixieme Section, ſi la ſeule inexécution du contrat de la part d'une des parties, eſt ſuffiſante pour que l'autre partie en puiſſe demander la réſolution.

SECTION PREMIERE.

De la réſolution du Contrat par le conſentement mutuel des contractans.

326. Lorſque le contrat de vente n'a pas encore, ni d'une part ni de l'autre, reçu ſon exécution, il peut ſe réſoudre de plein droit par le ſeul conſente-

ment des contractans; L. 5, §. 1, ff. *de rescind. vend.* Comme c'est le seul consentement des contractans qui l'a formé, il peut de même maniere se résoudre par un consentement contraire.

Cela est conforme à cette belle regle de Droit : *Nihil tam naturale est quàm eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.... ideò nudi consensûs obligatio contrario consensu dissolvitur ;* L. 35, ff. *de reg. jur.* & à la Loi 80, ff. *de solut. Quum emptio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

Il en est de même lorsque le contrat de vente n'a été suivi que d'une tradition feinte qui ne consiste que dans la volonté des parties ; car une volonté contraire la détruit. Molin. *in Cons. Par.* §. 78, *gl.* 1, *n.* 32, *& seq.*

327. Lorsque le contrat de vente d'une chose n'a été exécuté ni de part ni d'autre, les parties sont censées s'en désister, non-seulement lorsqu'elles conviennent qu'il n'y aura rien de fait, mais aussi lorsqu'elles font entr'elles un autre contrat de vente de la même chose. Cela arrive lorsqu'elles conviennent entr'elles d'un prix différent, ou plus fort ou moindre que celui de la premiere convention : elles sont en ce cas censées s'être désistées du premier contrat de vente, & en avoir fait un nouveau pour le prix porté par la nouvelle convention ; L. 2, ff. *de rescind. vend.*

Pareillement, si nous avons fait dépendre d'une certaine condition la vente que vous m'avez faite d'une chose, & que par une nouvelle convention vous me la vendiez purement & simplement, cette convention renferme un désistement de la premiere vente conditionnelle, & un nouveau contrat de vente pur & simple.

Quid vice versâ, si par une premiere convention vous m'aviez vendu cette chose sans condition, & que par une seconde vous me la vendiez pour le même prix au cas qu'un tel navire arrive à bon port ? Paul en la Loi 7, ff. *de rescind. vend.* décide que cette seconde convention est de nul effet. Cujas en rend la raison. C'est, dit-il, *quia à priori perfecto contractu non receditur per imperfectum*, & parce que ce pact par lequel les parties *ex intervallo* ajoutent une condition au contrat de vente, contracté purement & simplement, étoit, selon les principes du Droit Romain, un simple pact, *quod prodesse non potest ad parandam aut tollendam obligationem.* Ces principes qui s'écartent de la simplicité du Droit naturel, n'ont pas lieu parmi nous, & il n'est pas douteux que ce pact a l'effet de faire dépendre le contrat de vente, de la condition convenue par la nouvelle convention.

328. Lorsque le contrat de vente n'a reçu qu'une partie de son exécution, comme si la chose vendue a été livrée sans que le prix ait encore été payé, *aut vice versâ*, les parties peuvent encore, par leur consentement mutuel, se départir du contrat. Mais cette convention n'efface pas le contrat de vente comme dans l'espece précédente ; elle le résout seulement pour l'avenir, & donne une action à celui des contractans, qui en avoit commencé l'exécution, pour répéter, soit la chose qu'il a livrée s'il est le vendeur, soit le prix qu'il a payé s'il est l'acheteur. Les Loix Romaines qui ne donnoient pas en ce cas d'action (Loi 2, *Cod. quand. lic. ab. empt.*) parce que *ex nudo pacto non datur actio*, n'ont pas d'application parmi nous. De-là il suit, que lorsque par une

convention entre le vendeur & l'acheteur, l'acheteur qui avoit été mis en poſſeſſion de l'héritage à lui vendu, & qui n'en avoit pas encore payé entiérement le prix, s'eſt déſiſté de ſon achat, & que le vendeur eſt rentré dans ſon héritage, il n'eſt pas dû un ſecond profit; *Orléans, art.* 112 : car c'eſt un déſiſtement de la vente qui en avoit été faite, plutôt qu'une nouvelle vente.

De-là il ſuit pareillement que ſi cet héritage étoit un héritage propre du vendeur, lorſqu'il l'a vendu, il ne deviendra pas un acquêt, mais il reprendra l'ancienne qualité de propre qu'il avoit; car le vendeur y rentre, non en vertu d'une vente qui lui en ſoit faite, mais par la réſolution de celle qu'il en avoit faite; ce n'eſt pas une nouvelle acquiſition qu'il fait; c'eſt une ceſſation de l'aliénation qu'il en avoit faite.

329. Mais ſi le contrat avoit été exécuté de part & d'autre, la convention par laquelle les parties conviendroient que l'acheteur rétrocéderoit au vendeur pour le même prix la choſe vendue, ne ſeroit pas une réſolution du contrat de vente qui a été fait de cette choſe; car il n'y a plus lieu de ſe déſiſter d'un acte qui eſt entiérement conſommé: *non poteſt intelligi diſceſſio, niſi ab eo quod cæptum & nondum conſummatum eſt.* C'eſt pourquoi il ſera dû en ce cas un nouveau profit de vente, & l'héritage ſera acquêt en la perſonne du vendeur à qui il a été rétrocédé; *Molin.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 19.

SECTION II.

De la réſolution du Contrat qui ſe fait pour cauſe de léſion énorme dans le prix.

330. Un des cas dans leſquels l'une des parties peut obtenir malgré l'autre partie la réſolution & même la reſciſion entiere du contrat de vente, eſt le cas auquel elle a ſouffert une léſion énorme.

Cela eſt conforme aux principes que nous avons établis dans notre Traité des Obligations, *Part.* 1, *ch.* 1, *art.* 3, §. 4. Nous y avons établi que l'égalité étant de la ſubſtance des contrats commutatifs, du nombre deſquels eſt le contrat de vente, l'iniquité qui s'y rencontroit, & la léſion que l'une des parties ſouffroit, rendoit ces contrats vicieux & ſujets à reſciſion.

C'eſt en conſéquence de ces principes que la Loi 2, *Cod. de reſc. vend.* accorde au vendeur une action reſciſoire contre le contrat de vente, lorſqu'il a ſouffert une léſion qui excede la moitié du juſte prix.

Nous traiterons de cette action dans un premier article; nous traiterons dans le ſecond, de celle que peut prétendre l'acheteur.

ARTICLE PREMIER.

De l'action reſciſoire du Vendeur en cas de léſion énorme.

Nous verrons ſur cette action, 1°. quelle en eſt la nature: 2°. pour quelles choſes & en quel cas il y a lieu à cette reſciſion: 3°. comment & contre qui cette action peut être intentée: 4°. de l'effet de cette action, & des preſtations reſpectives dont le vendeur & l'acheteur ſont tenus ſur cette action.

§. I.

§. I.

De la nature de l'action reſciſoire du vendeur, pour cauſe de léſion.

331. L'action que la Loi 2, *Cod. de reſcind. vend.*, accorde au vendeur, eſt une action reſciſoire aux fins de faire reſcinder & déclarer nuls le contrat de vente, & l'aliénation qu'il a faite de ſa choſe, ſi mieux n'aime l'acheteur ſuppléer ce qui manque au juſte prix; en conſéquence de laquelle reſciſion, le vendeur par cette action revendique la choſe, comme ſi elle n'avoit jamais ceſſé de lui appartenir.

Cette action eſt une action *utilis in rem & non directa;* car le vendeur qui a cette action reſciſoire, n'eſt plus *in rei veritate* le propriétaire de la choſe qu'il a vendue; il en a transféré la propriété à l'acheteur par la tradition qu'il lui en a faite avec la volonté de la lui transférer. Mais comme l'effet de cette action eſt de reſcinder le contrat & l'aliénation ou tranſlation de propriété qui s'eſt faite en conſéquence, le vendeur qui a cette action, eſt, par une fiction de Droit, réputé être toujours demeuré le propriétaire de l'héritage qu'il a vendu, & en conſéquence il le revendique par cette action comme une choſe qui lui appartient, & que l'acheteur retient ſans aucune cauſe, le contrat de vente qui étoit le titre de l'acheteur & la cauſe en vertu de laquelle l'acheteur le tenoit, étant reſcindé.

332. L'objet de cette action étant de reſcinder le contrat de vente, il s'enſuit que lorſque le vendeur a fait ſur cette action prononcer la nullité du contrat, l'acheteur a le droit de répéter le prix qu'il a payé, de même que le vendeur a droit de répéter l'héritage; car le contrat de vente étant reſcindé, il n'y a plus de cauſe qui puiſſe donner droit à l'un de retenir le prix, & à l'autre l'héritage: d'ailleurs il eſt de la nature de toutes les actions reſciſoires, que les parties ſoient remiſes au même état qu'elles étoient avant l'acte qu'on fait reſcinder.

333. La reſciſion du contrat de vente à laquelle tend cette action, étant uniquement fondée ſur l'iniquité énorme qui ſe trouve dans le contrat, il s'enſuit qu'il doit être laiſſé au pouvoir de l'acheteur, d'arrêter l'effet de cette action, & d'empêcher la reſciſion du contrat, en purgeant cette iniquité par les offres auxquelles la Loi ci-deſſus citée l'admet, de ſuppléer ce qui manque au juſte prix. Ce ſupplément ôte au vendeur tout ſujet de ſe plaindre, & rend le contrat valable, pourvu qu'il ne renferme pas d'autre vice; car s'il eſt infecté de dol ou de violence, *&c.*, les offres de ſuppléer le juſte prix n'en peuvent empêcher la reſciſion.

334. Dumoulin, *in Conſuet. Pariſ.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 41, obſerve auſſi que cette déciſion eſt particuliere au contrat de vente, & ne doit pas s'étendre aux autres contrats commutatifs. Par exemple, dans un contrat d'échange, ſi je vous ai donné en échange d'un héritage de quatre mille livres, un autre héritage qui vaut dix mille livres, vous ne ſerez pas reçu à offrir, pour exclure mon action reſciſoire, de me ſuppléer un retour de ſix mille livres; car par ce retour le contrat d'échange dégénéreroit en un contrat de vente, contre la volonté des parties qui ont eu intention d'échanger, & non de vendre.

335. Le juſte prix qu'il eſt permis à l'acheteur de ſuppléer, n'eſt pas le prix que la choſe vaut préſentement, mais le prix qu'elle valoit au temps du contrat; L. 8, *Cod. de reſc. vend.* C'eſt une ſuite du principe que ce ſupplément eſt une réformation de ce qu'il y avoit d'inique dans le contrat.

336. C'eſt une queſtion ſi l'acheteur qui ſupplée le juſte prix, doit auſſi les intérêts de ce ſupplément, du jour qu'il eſt entré en jouiſſance de la choſe vendue? Cujas *ad d.* L. 2, tient l'affirmative. La raiſon eſt que les intérêts du prix ſont l'équivalent de la jouiſſance de la choſe. L'acheteur ne peut jouir tout-à-la-fois de la choſe & du prix; c'eſt pourquoi l'acheteur qui a eu toute la jouiſſance de la choſe doit faire raiſon des intérêts de ce qui reſtoit à payer du juſte prix; autrement il auroit tout-à-la-fois la jouiſſance & de la choſe & du prix, juſqu'à concurrence de ce qui en reſtoit à payer, ce que l'équité ne permet pas. Nonobſtant ces raiſons pluſieurs Auteurs ont embraſſé l'opinion contraire. Ils ſe fondent ſur ce que la Loi 2 dit ſeulement, *vel ſi emptor elegerit, quod deeſt juſto pretio recipias*, ſans ajouter *cum uſuris*. Elle n'aſſujettit donc point l'acheteur à ajouter à ce ſupplément les intérêts. A l'égard de l'objection tirée du principe que l'acheteur ne peut pas avoir tout-à-la-fois la jouiſſance de la choſe & celle du prix, on répond qu'il ſuit de-là ſeulement qu'un acheteur qui n'a pas payé en total le prix qu'il doit, eſt tenu des intérêts de ce qui reſte dû; mais dans notre eſpece l'acheteur qui a payé le prix convenu, a payé tout ce qu'il devoit; il n'a commencé à devoir ce qui manquoit pour ſuppléer le juſte prix que depuis la réformation du contrat. Quoique le contrat de vente, en vertu duquel il jouiſſoit de l'héritage vendu, fût un titre vicieux, néanmoins comme on ne doit pas facilement préſumer qu'il ait connu ce vice, tant que le vendeur ne s'eſt pas plaint, & ne lui a pas fait connoître la léſion, il doit être réputé avoir été juſqu'à ce temps poſſeſſeur de bonne foi de l'héritage, & avoir eu en cette qualité le droit d'en avoir la jouiſſance, ſans être obligé de la payer par les intérêts du ſupplément du juſte prix. C'eſt l'avis de Deſpeiſſes qui cite un Arrêt de Grenoble rapporté par Expilli, qui a jugé que les intérêts du ſupplément n'étoient pas dûs avant la demande. C'eſt auſſi celui de Domat, *P.* 1, *l.* 1, *tit.* 2, *S.* 9.

Si la léſion étoit ſi fort au-deſſus de la moitié du juſte prix, que l'acheteur n'eût pu ignorer l'énormité de la léſion, ou que cela parût par d'autres circonſtances, il ne pourroit y avoir de difficulté ſur les intérêts du ſupplément. Voyez *infrà* §. 4, la queſtion ſi l'héritage doit être rendu avec les fruits, qui eſt analogue à celle-ci.

A l'égard du for de la conſcience, ſi les revenus que l'acheteur a perçus excedent les intérêts de la ſomme qu'il a payée, il me paroît qu'il ne peut ſe diſpenſer de reſtituer l'excédant.

337. Il nous reſte à obſerver ſur la nature de l'action reſciſoire, que cette action ayant pour objet la reſtitution de l'héritage vendu, lequel eſt une choſe diviſible, il s'enſuit que cette action eſt diviſible; *Tr. des Oblig. n.* 287.

C'eſt pourquoi ſi le vendeur a laiſſé pluſieurs héritiers, chacun d'eux ne peut intenter cette action ni prétendre la reſtitution de l'héritage que pour la part pour laquelle il eſt héritier; & ſi ſes cohéritiers ne ſe plaignent pas du contrat, l'acheteur eſt fort le maître de garder les autres parts, s'il le juge à propos.

Néanmoins comme l'acheteur n'a acheté la choſe que pour l'avoir en entier, & qu'il n'eût pas voulu l'acheter pour partie, l'acheteur aſſigné par l'un des héritiers du vendeur aux fins de reſciſion du contrat de vente, pour la part du demandeur, peut, s'il le juge à propos, aſſigner les cohéritiers du demandeur à ce qu'ils aient à ſe régler entre eux pour reprendre l'héritage entier, & lui rendre le prix, ſinon qu'il ſera renvoyé de la demande. La raiſon eſt qu'il eſt de la nature des actions reſciſoires qu'on ne peut être reçu à les exercer, qu'en remettant les parties dans le même état qu'elles étoient avant l'acte dont on demande la reſciſion, & que l'acheteur ne ſeroit pas remis au même état qu'il étoit avant le contrat de vente, s'il étoit obligé de garder une part de l'héritage qu'il n'eût pas voulu acheter ſeule. Si le cohéritier du demandeur ſur cette aſſignation refuſe de ſe joindre au demandeur pour exercer avec lui l'action reſciſoire, il ne peut empêcher que le demandeur en ce cas ſoit ſubrogé en ſes droits pour l'exercer. Celui des héritiers qui veut l'exercer, pourroit même quelquefois faire ordonner contre ſon cohéritier *judicio familiæ erciſcundæ*, qu'elle ſera exercée au profit & des deniers de la ſucceſſion; ſçavoir dans le cas auquel il établiroit qu'il eſt de l'intérêt de la ſucceſſion de l'exercer, & qu'il y a des deniers pour cela dans la ſucceſſion.

Cet intérêt de la ſucceſſion eſt ſuſceptible d'examen; car l'héritage depuis le contrat, a pu tellement être détérioré & diminué de prix ſans la faute de l'acheteur, qu'il ne vaille pas aujourd'hui le prix pour lequel il a été vendu.

Obſervez que cette action reſciſoire a dans la ſucceſſion du vendeur la même qualité qu'y auroit eu l'héritage auquel elle doit ſe terminer, s'il ne l'eût pas vendu. C'eſt pourquoi ſi cet héritage étoit un propre, ce ſont les héritiers aux propres de la ligne d'où il procédoit, qui doivent ſuccéder ſeuls à cette action; *Introduction générale à la Coutume d'Orléans*, *n.* 83; & ils ſont ſeuls tenus à la reſtitution du prix envers l'acheteur, cette reſtitution du prix étant plutôt une charge de l'action reſciſoire, qu'une dette de la ſucceſſion du vendeur.

Ce que nous avons dit de pluſieurs héritiers s'applique, à pluſieurs vendeurs qui auroient vendu enſemble par un même contrat, *& ſub ſpecie unitatis*, un héritage commun entre eux. Quoiqu'ils ne l'aient pas vendu ſolidairement, lorſqu'il y a eu léſion d'outre moitié dans la vente, l'un de ces vendeurs n'a à la vérité droit d'exercer l'action reſciſoire que pour la part qu'il avoit dans l'héritage; mais l'acheteur peut, s'il le juge à propos, exiger qu'elle ſoit exercée pour le total.

Il en eſt autrement dans le cas auquel ces copropriétaires n'auroient pas vendu l'héritage *ſub ſpecie unitatis*, mais auroient vendu chacun leur portion dans cet héritage, quoique par même charte: en ce cas il y auroit autant de contrats de vente que de portions vendues, & l'acheteur ne pourroit prétendre que la reſciſion de la vente de l'une de ces portions, dût entraîner celle des autres portions.

338. Lorſque c'eſt l'acheteur qui a laiſſé pluſieurs héritiers, il n'eſt pas douteux que le vendeur peut exercer l'action reſciſoire contre l'un de ces héritiers, & pour la portion de cet héritier, ſans l'exercer contre les autres, & il en eſt de même lorſque l'héritage a été vendu à pluſieurs acheteurs.

§. II.

En quels cas y a-t-il lieu à cette reſciſion.

339. Pour qu'il y ait lieu à cette reſciſion, il faut, 1°. que ce ſoit un héritage ou un droit immobilier qui ait été vendu, les ventes des choſes mobiliaires n'étant pas ſujettes à cette reſciſion, comme nous l'avons vu.

Dumoulin *in Conſ. Par.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 47, excepte de cette regle les meubles précieux qui ne ſont pas une marchandiſe dont le commerce ſoit ordinaire, telle que ſeroit une pierre précieuſe ou quelque ouvrage d'orfévrerie, ou d'un autre art de quelque excellent artiſte. Il excepte auſſi de cette regle la vente d'une coupe de bois qui renferme le fruit de pluſieurs années, & il déſapprouve un Arrêt qui avoit débouté un vendeur en ce cas, de ſes lettres de reſciſion. Ces exceptions ſouffrent beaucoup de difficulté, ſur-tout dans les Coutumes qui, comme celles d'Orléans, diſent en termes formels, *qu'en aliénation de meubles, il n'y a lieu à la reſtitution.*

340. Il y a certaines ventes d'héritages & de droits immobiliers qui ne ſont pas auſſi ſujettes à cette reſciſion, telles ſont les ventes faites par décret. La foi publique ſous laquelle ſont faites ces ventes les met hors de toute atteinte: d'ailleurs les encheres, les différentes remiſes qui s'obſervent dans ces ventes, établiſſent que l'héritage a été vendu tout ce qu'il pouvoit alors être vendu; d'où il ſuit qu'on ne peut gueres dire qu'il a été vendu au-deſſous du juſte prix, le juſte prix des choſes n'étant autre choſe que le prix qu'elles peuvent être vendues; *juſtum pretium eſt quanti res vænire potuit.* Les Coutumes d'Auvergne, de la Marche & de Bourbonnois en ont des diſpoſitions; & Dumoulin en ſes notes ſur celle-ci, obſerve que c'eſt le Droit commun, quoique quelques Docteurs étrangers ſoient d'avis contraire; mais quand il y a eu un contrat de vente, le décret volontaire qui l'a confirmé, n'empêche pas qu'il ne ſoit ſujet à cette action; *Arrêt du* 14 *Août* 1546, *cité par* Automne.

341. On a jugé auſſi que la vente des droits ſucceſſifs n'étoit pas ſujette à cette reſciſion. Sœfve en rapporte un Arrêt du mois de Décembre 1654; Automne, *ad d.* L. 2, en cite un du 7 Mai 1586, par lequel un batelier qui avoit vendu pour trois cents écus la ſucceſſion du Bailli du Palais, qu'on eſtimoit être de quatre mille livres de rente, fut débouté de ſes lettres. La raiſon eſt que la grande incertitude des droits ſucceſſifs empêche qu'on ne puiſſe fixer le juſte prix, & par conſéquent qu'on puiſſe établir qu'ils ont été vendus au-deſſous de la moitié du juſte prix.

Cette déciſion ſouffre exception dans le cas de la vente qu'un héritier feroit de ſes droits ſucceſſifs à ſon cohéritier. Automne *ad d.* L. 4, *Cod. de hered. vend.* rapporte un Arrêt en robes rouges qui a jugé une telle vente ſujette à reſciſion, ſi mieux n'aimoit l'acheteur ſuppléer le juſte prix. La raiſon eſt qu'un tel acte tient lieu de partage entre les héritiers, & que c'eſt dans les actes de partage, encore plus que dans d'autres, que l'égalité doit être obſervée; *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 35.

342. Deſpeiſſes, *P.* 1, *tit.* 1, 54, *n.* 8, rapporte entre les ventes qui ne donnent pas lieu à la reſciſion, la vente d'une choſe qui n'appartenoit pas au

vendeur. Il en conclut mal que le vendeur pour fonder ſon action reſciſoire *doit prouver avoir été maître de la choſe vendue.* En effet, de même que tout poſſeſſeur eſt préſumé propriétaire de la choſe qu'il poſſede, tant que le véritable propriétaire ne l'a pas réclamée, & n'a pas juſtifié de ſon droit; de même celui de qui il la tient eſt préſumé avoir été propriétaire, & lui en avoir transféré la propriété, tant que le poſſeſſeur n'a pas ſouffert d'éviction. C'eſt pourquoi lorſque vous m'avez vendu une choſe, & que vous formez contre moi l'action reſciſoire, vous n'avez pas beſoin d'établir que vous en étiez le propriétaire: je ne puis être recevable à vous oppoſer que vous ne l'étiez pas; à moins que je ne prétendiſſe en avoir moi-même acquis la propriété par une autre cauſe que par la vente que vous m'en avez faite, & ce ſera à moi à le juſtifier.

343. Pour qu'il y ait lieu à la reſciſion, il faut: 2°. qu'il y ait eu par le contrat leſion dans le prix, de plus de moitié du juſte prix; c'eſt-à-dire, que la choſe ait été vendue pour un prix moindre que n'eſt la moitié du juſte prix. Par exemple, ſi le juſte prix d'un héritage eſt de vingt mille livres, il faut qu'il ait été vendu pour un prix moindre que dix mille livres, pour qu'il y ait lieu à la reſciſion.

Y ayant dans le juſte prix, *pretium ſummum*, *medium*, & *infimum*, pour qu'il y ait lieu à la reſciſion, ſuffit-il que l'héritage ait été vendu pour un prix moindre que la moitié du *pretium ſummum*, ou s'il faut qu'il ſoit moindre que la moitié du *pretium infimum?* Par exemple, ſi le juſte prix d'un héritage eſt de dix-huit à vingt-mille livres, & que l'héritage n'ait été vendu que 9500 liv. le vendeur ſera-t-il reçu à cette action, parce que neuf-mille cinq cents livres ſont au-deſſous de la moitié de vingt-mille livres, qui eſt le *pretium ſummum*, ou en ſera-t il exclus parce qu'il n'eſt pas au-deſſous de la moitié de dix-huit mille livres, qui eſt le *pretium infimum?* Il ſembleroit que le prix doit être moindre que la moitié du *pretium infimum*; car le *pretium infimum* étant un juſte prix, celui qui n'eſt pas moindre que la moitié de ce prix, n'eſt pas au-deſſous de la moitié du juſte prix. Domat, & quelques autres Auteurs penſent au contraire, avec plus de raiſon, qu'il ſuffit qu'il y ait léſion au deſſous de la moitié du *ſummum pretium*, parce que cette reſciſion eſt très-favorable. Il ſeroit peut-être plus exact de dire que le juſte prix dont la Loi parle, eſt le *pretium medium*, ce prix étant celui qui eſt proprement le juſte prix, & qui en eſt comme le centre. C'eſt l'avis de Scaccia, *Trac. de Comm.*

334. Pour connoître ſi le contrat renferme une léſion ſuffiſante pour donner lieu à la reſciſion, on ne doit pas avoir égard à l'état ni à la valeur préſente de l'héritage, mais on doit eſtimer ce que l'héritage valoit au temps du contrat, eu égard à l'état auquel il étoit alors, & au prix que valoient les héritages. C'eſt pourquoi cette eſtimation doit ſe faire par des experts qui aient eu connoiſſance de l'état auquel étoit l'héritage au temps du contrat.

345. Il ſuit-delà, que dans l'eſtimation de l'héritage, on ne doit pas avoir égard à la découverte d'un tréſor, ou d'une mine faite depuis le contrat; car juſqu'à cette découverte, l'héritage n'en a pas été plus précieux. Lorſque l'acheteur a acheté l'héritage ce qu'il valoit avant la découverte & au temps du contrat, le vendeur n'a rien à prétendre. La découverte eſt une bonne

fortune dont l'acheteur doit profiter, ſuivant la regle *cujus eſt periculum rei, eum & commodum ſequi debet.* C'eſt l'avis de Fachin, 11, 20, qui cite les Docteurs qui ont penſé pour & contre ſur cette queſtion.

Ce n'eſt que par une eſtimation par experts qui aient eu connoiſſance de l'état de l'héritage au temps du contrat, qu'on doit juger s'il y a eu léſion d'outre moitié. La diſproportion qui ſe trouveroit entre le prix pour lequel le vendeur auroit lui-même acquis l'héritage, & celui pour lequel il l'auroit vendu, quelque grande qu'elle fût, ne ſeroit pas ſeule & par elle-même une preuve ſuffiſante de cette léſion; car il pourroit avoir lui-même acheté trop cher; *Ad reſcindendam venditionem, hoc ſolum non ſufficit quod magno pretio fundum comparatum, minoris diſtractum eſſe commemoras;* L. 4. *Cod. de reſc. vend.*

Le juſte prix d'un héritage, pour la vente duquel il faut payer des droits ſeigneuriaux conſidérables, des droits de centieme denier, *&c.* peut être conſidéré ſous deux reſpects; ou vis-à-vis du vendeur, comme la juſte valeur de ce que l'héritage vaut en ſoi, & au vendeur à qui il ne coûte rien pour le retenir; ou vis-à-vis de l'acheteur comme le prix pour lequel il doit être juſtement vendu & acheté. Il eſt évident qu'il ne doit pas être vendu pour le prix entier qu'il vaut en ſoi; & que ce qu'il en coûte pour l'acquérir, doit diminuer ce prix. Par exemple, en ſuppoſant qu'un héritage féodal ſujet au profit de quint en cas de vente, eſt en ſoi de valeur de vingt mille livres, le juſte prix pour lequel il doit être vendu, ne doit être, eu égard à ce qu'il en coûte pour l'acquiſition, qu'environ de ſeize mille livres. De-là naît une queſtion; ſçavoir, ſi, pour qu'il y ait lieu à la reſciſion du contrat, il eſt néceſſaire que le prix pour lequel il a été vendu, ſoit au-deſſous de la moitié du juſte prix pour lequel il devroit être vendu? Par exemple, dans l'eſpece propoſée, faut-il qu'il ſoit au-deſſous de huit mille livres, ou s'il ſuffit qu'il ſoit audeſſous de la moitié de ce que l'héritage valoit en ſoi, & par rapport au vendeur. Par exemple, dans l'eſpece propoſée ſuffit-il qu'il ſoit au-deſſous de dix mille livres? Dumoulin, *Tr. de uſur.* 14, *n.* 173, cite un Arrêt rendu en robes rouges, du 31 Décembre 1557, qui a jugé que pour cette reſciſion, il ſuffiſoit que le prix fût au deſſous de la moitié de ce que l'héritage au temps du contrat valoit en ſoi, & par rapport au vendeur. Par exemple, dans l'eſpece propoſée, il ſuffit que l'héritage n'ait été vendu que neuf mille neuf cents livres, pour qu'il y ait léſion d'outre moitié. On n'a pas d'égard à ce qu'il en coûte à l'acheteur outre le prix de l'acquiſition, pour les profits ſeigneuriaux, centieme denier, *&c.* car il n'en eſt pas moins vrai de dire que par le contrat de vente, le vendeur a ſouffert une perte de plus de moitié de ce que l'héritage valoit par rapport à lui: & c'eſt vis-à-vis de lui & par rapport à lui que la léſion s'eſtime.

Mais ſi la charge ou le riſque dont l'acheteur a été déchargé, eſt une charge ou un riſque dont auroit été tenu le vendeur s'il eût retenu l'héritage; par exemple, ſi l'héritage que j'ai vendu étoit en la poſſeſſion d'un uſurpateur, & que j'aie chargé l'acheteur de le revendiquer à ſes riſques, & ſans pouvoir m'appeller en cauſe; ou ſi je l'ai chargé d'une certaine eſpece d'éviction: dans ce cas, pour régler ſi le prix du contrat eſt ou n'eſt pas au-deſſus de la moitié du juſte prix, la ſomme à laquelle ſera appréciée cette charge ou ce

riſque, doit être ajoutée au prix principal, puiſque le vendeur en profite, étant déchargé d'autant ; *Deſpeiſſes, p. 1, tit. 1, ſ. 4, n. 6.*

346. Quoique la charge de ſouffrir le réméré impoſée à l'acheteur, ſoit une charge appréciable à prix d'argent, qui fait partie du prix, & qui doit entrer en ligne de compte pour régler dans le for de la conſcience ſi l'acheteur a acheté au-deſſous du juſte prix ; néanmoins lorſque la ſomme pour laquelle il a acheté, quoiqu'avec cette clauſe, eſt au-deſſous de la moitié du juſte prix que la choſe vaut en ſoi, je penſe, contre l'avis de Deſpeiſſes, *ibid.* qu'en ce cas, dans l'eſtimation qui ſera à faire pour régler s'il y a lieu à la reſciſion, on ne doit rien ajouter au prix, pour raiſon de cette charge, qui en ce cas eſt de nul effet, & par conſéquent de nulle valeur ; puiſque le vendeur, quand même elle n'auroit pas été ajoutée, n'en auroit pas eu moins le droit de rentrer dans ſon héritage, non pas à la vérité par l'action de réméré ; mais, ce qui doit revenir au même, par une autre action qui eſt l'action reſciſoire.

347. 3°. Pour qu'il y ait lieu à cette action reſciſoire, il faut que le vendeur ſoit dans le temps de la reſtitution. Ce temps eſt de dix ans, comme celui de toutes les actions reſciſoires pour leſquelles il faut prendre des Lettres en Chancellerie. Lorſque le vendeur a laiſſé quelque héritier mineur, ce temps ne court pas contre ce mineur pendant ſa minorité.

348. On a agité la queſtion de ſçavoir s'il peut y avoir lieu à cette action, lorſque la choſe vendue a ceſſé entiérement d'exiſter ſans le fait ni la faute de l'acheteur, de maniere qu'il n'en reſte plus rien ; *putà*, ſi on a vendu un pré voiſin d'une riviere, que la riviere ait entiérement emporté. Quelques Docteurs cités par Bruneman, *ad.* L. 2, *Cod. de reſc. vend.* ont penſé que le vendeur pouvoit même en ce cas intenter cette action, & demander ce qui manquoit au juſte prix. Le fondement de leur opinion eſt, qu'ils ont regardé l'obligation de l'acheteur qui a acheté un héritage pour un prix au-deſſous de la moitié du juſte prix, comme une obligation alternative de la reſtitution de l'héritage, ou du ſupplément du juſte prix ; or c'eſt un principe que lorſque l'une des deux choſes dues ſous une alternative ceſſe d'exiſter, la dette demeure dans celle qui reſte, *Voyez notre Traité des Obligations, n. 250.* D'où ils concluent que ſi l'héritage vendu a entiérement ceſſé d'exiſter, l'acheteur demeure débiteur du ſupplément du juſte prix. Le principe qui ſert de fondement à l'opinion de ces Docteurs, me paroît faux. L'obligation de l'acheteur n'eſt que d'une ſeule choſe ; ſçavoir, de la reſtitution de l'héritage ; il n'eſt en aucune maniere débiteur du ſupplément du juſte prix, ne s'étant jamais obligé qu'au prix porté par ſon contrat, & à rien de plus. Le choix que la Loi lui donne de payer le ſupplément du juſte prix, n'eſt qu'une faculté qu'elle lui donne de ſe rédimer de l'obligation de rendre l'héritage, par le paiement de ce ſupplément. Ce ſupplément n'eſt qu'*in facultate ſolutionis & luitionis*, il n'eſt pas *in obligatione*. Or ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 244, lorſqu'une choſe eſt due avec la faculté d'en pouvoir payer une autre à la place, l'obligation eſt entiérement éteinte par l'extinction de la choſe qui étoit due, & ne ſubſiſte plus dans celle que le débiteur pouvoit payer à la place.

Ajoutez que dans cette eſpece, quelque déſavantageux que fût le contrat en lui-même, le vendeur, par l'événement, n'a pas lieu de s'en plaindre, mais plutôt de s'en féliciter, puiſque s'il n'eût pas fait cette vente, il auroit perdu la choſe qu'il a vendue, & n'auroit pas eu le prix qu'il a reçu.

Ce ſentiment, que nous avons embraſſé, eſt celui d'Accurſe & de Barthole, *ad d.* L. ; de Covarruvias, *var. reſol. n.* 4; de Fachin, 11, 18.

349. Il y a néanmoins deux cas dans leſquels le vendeur eſt recevable à demander la reſciſion du contrat pour cauſe de léſion d'outre moitié du juſte prix, quoique la choſe ait ceſſé d'exiſter ſans le fait, ni la faute, ni la demeure de l'acheteur. Le premier cas eſt lorſque l'acheteur a revendu la choſe pour un prix plus conſidérable qu'il ne l'avoit achetée. Le vendeur en ce cas a intérêt de faire ſtatuer ſur la validité du contrat, & eſt par conſéquent recevable à intenter l'action reſciſoire ; car en faiſant déclarer le contrat nul, il a droit de répéter de l'acheteur la ſomme pour laquelle il a revendu la choſe plus qu'il ne l'avoit achetée. La raiſon eſt, que le contrat étant reſcindé, la choſe eſt cenſée avoir toujours appartenu au vendeur, & n'avoir jamais appartenu légitimement à l'acheteur : d'où il ſuit que cet acheteur en la revendant eſt dans le même cas que celui qui vend la choſe d'autrui, lequel ne doit pas profiter & s'enrichir du prix pour lequel il l'a vendue, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 274, 275. Ce tempérament eſt ſuivi par Fachin, par Covarruvias, par Pulveus, & eſt rejetté mal-à-propos par Antoine Gomès en ſon Traité des Contrats, *cap.* 2, *n.* 22.

350. Le ſecond cas eſt celui auquel on auroit vendu pour un prix au-deſſous de la moitié du juſte prix, une ſeigneurie utile réverſible, dont il ne reſtoit plus que cinq ou ſix ans de jouiſſance. Le vendeur, après l'expiration du temps de cette jouiſſance, & la reverſion accomplie, & par conſéquent après que la choſe vendue a ceſſé d'exiſter, ne laiſſera pas d'être reçu à intenter l'action reſciſoire, à l'effet de répéter tous les fruits que l'acheteur a perçus, ſous la déduction du prix que l'acheteur a payé, & des intérêts de ce prix.

La raiſon de cette déciſion eſt que, lorſqu'on vend une ſeigneurie utile réverſible, ce ſont les jouiſſances du temps qui en reſte qu'on vend plutôt que l'héritage même, dont le domaine direct appartient à celui à qui appartient le droit de réverſion : d'où il ſuit que ces jouiſſances étant la choſe vendue, l'acheteur qui les a perçus & en a fait ſon profit, doit dans le cas de cette action reſciſoire en faire raiſon au vendeur.

351. Lorſque c'eſt par le fait ou la faute de l'acheteur que l'héritage a péri ; *putà*, ſi c'eſt pour avoir détruit ou pour n'avoir pas entretenu une digue, que la mer ou une riviere, dont il étoit voiſin, l'a ſubmergé & emporté ; en ce cas, l'action reſciſoire ne laiſſe pas d'avoir lieu contre l'acheteur, à l'effet qu'il ſoit condamné de rendre au vendeur la juſte eſtimation de l'héritage ſous la déduction du prix qu'il en a payé. Cette déciſion eſt conforme à ce principe général ſur la matiere des obligations, que la dette d'un corps certain ſubſiſte après l'extinction de la choſe due, ou du moins ſe convertit en la dette de l'eſtimation de la choſe, lorſque c'eſt par la faute du débiteur que la choſe a péri. Suivant ce principe, l'acheteur qui a acheté un héritage pour

un

un prix au-deſſous de la moitié de ſa valeur, étant débiteur de la reſtitution de cet héritage; il n'eſt pas libéré de cette dette, & il devient débiteur de l'eſtimation de l'héritage, à la place de l'héritage, lorſque c'eſt par ſa faute qu'il eſt péri.

352. On a fait la queſtion de ſçavoir ſi le vendeur étoit recevable dans cette action reſciſoire, non-ſeulement lorſqu'il a ignoré au temps du contrat le juſte prix de l'héritage qu'il a vendu, mais même dans le cas auquel il ſeroit établi qu'il en avoit alors une entiere connoiſſance. Tous conviennent que celui qui vend un héritage au-deſſous de la moitié de ſon juſte prix, doit être facilement préſumé en avoir ignoré le juſte prix; & cette préſomption empêche ordinairement qu'il n'y ait lieu à la queſtion. Mais quand cette préſomption ceſſe, & qu'il eſt clairement établi que le vendeur ne pouvoit ignorer la véritable valeur de ſon héritage, lorſqu'il l'a vendu; comme quand c'eſt un héritage qu'il faiſoit valoir par ſes mains depuis un temps conſidérable, ceſt le cas de la queſtion. Pour la négative on dit que les actions reſciſoires ſont établies en faveur de ceux qui ont été trompés en contractant; qu'on ne peut pas dire que ce vendeur ait été trompé en vendant au-deſſous du juſte prix, puiſqu'il connoiſſoit la valeur de la choſe qu'il vendoit; *nemo ſciens fallitur.* Si l'on n'eſt pas recevable à ſe plaindre du tort qu'on ſouffre par ſa faute, ſuivant la regle de Droit, *quod quis culpâ ſuâ damnum ſentit non intelligitur ſentire;* L. 203, ff. *de R. J.* à plus forte raiſon on ne le doit pas être à ſe plaindre de celui qu'on a bien voulu ſouffrir. Ce n'eſt pas même proprement un tort, car *volenti non fit injuria;* L. 1, §. 5, ff. *de injur.* C'eſt pourquoi lorſque quelqu'un ayant connoiſſance de la valeur d'une choſe qui lui appartient, la vend au-deſſous de la moitié du juſte prix, c'eſt une libéralité qu'il exerce envers l'acheteur, plutôt qu'un tort qui lui ſoit fait, & dont il puiſſe ſe plaindre. C'eſt l'avis de Boerius, *deciſ. Burdig.* 142, & de pluſieurs Docteurs par lui cités. L'opinion contraire, qui eſt celle de Covarruvias, *var. reſol.* 11, 4; de Pinell. *&c.* me paroît préférable. La raiſon eſt, que perſonne n'eſt facilement préſumé vouloir donner ſon bien. C'eſt pourquoi lorſque quelqu'un a vendu un héritage au-deſſous de la moitié de ſa juſte valeur dont il a connoiſſance, il doit être préſumé l'avoir fait plutôt pour ſe procurer de l'argent dans un preſſant beſoin, *urgente rei familiaris neceſſitate*, que dans la vue d'exercer une libéralité envers l'acheteur. Or c'eſt une injuſtice de la part de l'acheteur, de profiter du preſſant beſoin du vendeur, pour acheter à vil prix; & cette injuſtice doit donner lieu à la reſciſion du contrat. La maxime *volenti non fit injuria* n'a pas en ce cas d'application; car le vendeur étant préſumé avoir été forcé, par le beſoin preſſant d'argent, à vendre l'héritage au-deſſous de la moitié du juſte prix, on ne peut pas dire que c'eſt de ſon plein gré qu'il a vendu au-deſſous du juſte prix.

353. S'il paroiſſoit que ce n'eſt pas le beſoin d'argent qui a porté le vendeur à vendre au-deſſous du juſte prix; *putà*, ſi par le contrat il n'a reçu aucuns deniers, & qu'il ait ſouffert que l'acheteur lui conſtituât rente pour le prix; en ce cas, ſi l'on peut prouver qu'il a eu connoiſſance de la juſte valeur de l'héritage, il en réſulte qu'en vendant au-deſſous du juſte prix qu'il connoiſſoit, il n'a pu avoir d'autre intention que de gratifier l'acquéreur. C'eſt

le vrai cas de la maxime *volenti non fit injuria*, qui le rend non-recevable à demander la reſciſion du contrat.

354. On fait encore une queſtion qui eſt de ſçavoir, s'il peut y avoir lieu à cette reſciſion, lorſque par le contrat il y a une clauſe formelle par laquelle il eſt dit que le vendeur a renoncé au bénéfice de la reſtitution accordée par la Loi 2, *Cod. de reſc. vend?* Fachin, *contr.* 11, 20, dit que l'opinion commune à laquelle il ſouſcrit, eſt que le vendeur n'eſt pas en ce cas recevable à demander la reſciſion. La raiſon eſt, qu'il eſt permis à chacun de renoncer aux Loix établies en ſa faveur, & qui ne concernent qu'un intérêt particulier. Ainſi les cautions peuvent valablement renoncer à l'Edit d'Adrien, qui leur accorde le bénéfice de diviſion, & à la Novelle de Juſtinien, qui leur accorde le bénéfice de diſcuſſion : ainſi l'acheteur peut renoncer au droit de garantie qui lui eſt accordé par l'Edit des Ediles; L. 31, ff. *de pact.* Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'on peut décider que la renonciation à la reſtitution accordée par cette Loi 2, eſt de nul effet; car l'erreur dans laquelle étoit le vendeur ſur le prix de l'héritage, ou le preſſant beſoin qui l'a porté à vendre à vil prix, l'ont pareillement porté à faire cette renonciation que l'acheteur a exigée. C'eſt pourquoi il ne doit pas moins être reſtituable contre cette renonciation, que contre le contrat de vente : autrement cette Loi ſi ſagement établie pour réprimer l'injuſtice & la cupidité de ceux qui profitent du beſoin des autres pour les dépouiller de leurs biens en les achetant beaucoup au-deſſous de leur juſte prix, deviendroit une Loi illuſoire, qui ſeroit toujours éludée par ces injuſtes acheteurs, qui ne manqueroient pas de faire inſérer dans le contrat une clauſe de renonciation à la Loi, & elle deviendroit de ſtyle. C'eſt le ſentiment de Covarr. *ibid.* Automne, *ad d.* L. 2, cite un Arrêt de 1563, qui l'a ainſi jugé.

Si cette renonciation étoit faite par un acte poſtérieur au contrat, & qu'il n'y eût pas lieu de ſoupçonner qu'elle eût été convenue par le contrat; en ce cas elle ſeroit valable : ce ſeroit une renonciation volontaire que le vendeur auroit faite à un droit qui lui appartenoit, & dont il étoit le maître de diſpoſer

355. La clauſe qui ſeroit portée par le contrat de vente, que le vendeur fait donation à l'acheteur de ce que l'héritage vendu pourroit valoir de plus que le prix porté au contrat, ne ſeroit pas moins une voie d'éluder la Loi, que la clauſe par laquelle on feroit renoncer l'acheteur à cette Loi. Le preſſant beſoin qui auroit obligé le vendeur à vendre au-deſſous de la moitié du juſte prix, l'auroit obligé pareillement à conſentir à toutes ces clauſes. C'eſt pourquoi on n'y doit avoir aucun égard, ſur-tout lorſque l'acheteur eſt une perſonne étrangere au vendeur, & qu'il ne paroît aucune raiſon pour laquelle le vendeur auroit voulu lui faire une donation. Automne, *ad d.* L. 2, cite un Arrêt de 1557, qui a jugé ſelon notre opinion; Maynard en cite un autre du Parlement de Toulouſe.

§. III.

Comment & par qui cette action peut-elle être intentée.

356. Le vendeur, pour intenter cette action, doit prendre des Lettres de reſciſion; car en France les perſonnes capables de contracter ne peuvent être admiſes à revenir contre leur propre contrat, que par l'autorité du Prince, qui ſeul peut les relever de l'obligation qu'elles ont contractée.

Cette action eſt, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 331, *actio utilis in rem*: elle doit s'intenter contre celui qui eſt en poſſeſſion de l'héritage, ſoit que ce ſoit un tiers détenteur à qui cet héritage ſeroit paſſé.

§. IV.

De l'effet de l'action reſciſoire, & des preſtations reſpectives dont le vendeur & l'acheteur ſont tenus l'un envers l'autre ſur cette action.

357 1°. L'acheteur doit être condamné à rendre au vendeur l'héritage qui lui a été vendu.

2°. L'acheteur doit les fruits.

C'eſt une queſtion, de quand il les doit? Cujas, *ad d.* L. 2, décide qu'il doit tous les fruits qu'il a perçus depuis qu'il eſt en poſſeſſion de l'héritage, ſous la déduction des intérêts du prix que le vendeur a reçu. La raiſon eſt, que le contrat de vente, qui étoit le titre en vertu duquel l'acheteur a joui de l'héritage, étant annullé & reſcindé par l'action reſciſoire, l'acheteur ſe trouve avoir poſſédé l'héritage ſans titre, & ne peut par conſéquent être réputé un véritable poſſeſſeur de bonne foi, à qui les fruits aient pu appartenir. On ajoute que dans la reſtitution pour cauſe de minorité, les Loix décident que l'acheteur doit rendre tous les fruits qu'il a perçus; L. 27, §. 1, ff. *de minor.* A plus forte raiſon, dit-on, l'acheteur y doit-il être obligé dans le cas de la reſtitution pour léſion énorme: car plus la léſion eſt conſidérable, moins il doit y avoir lieu de décharger l'acheteur de compter des fruits, & d'en faire une compenſation entiere avec les intérêts du prix. C'eſt ſur ce même principe que Cujas décide que l'acheteur qui ſupplée le juſte prix pour conſerver l'héritage, doit les intérêts de ce ſupplément, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 336. Pluſieurs autres Docteurs, du nombre deſquels ſont Mynſunger, Fachin, Deſpeiſſes, *&c.* penſent au contraire que l'acheteur n'eſt tenu du rapport des fruits que du jour des offres que lui a faites le vendeur ſur l'action reſciſoire de lui reſtituer le prix; que ceux perçus juſqu'à ce temps doivent être entiérement compenſés avec les intérêts du prix, quand même ces intérêts ne monteroient pas à beaucoup près à la valeur des fruits. Ils emploient pour preuve de cette déciſion à-peu-près les mêmes argumens dont ils ſe ſervent pour prouver que l'acheteur ne doit pas les intérêts du ſupplément du juſte prix. Quoique le titre en vertu duquel cet acheteur poſſédoit, ait été reſcindé & annullé, cet acheteur, ſelon eux, ne laiſſe pas de devoir être réputé avoir été poſſeſſeur de bonne foi; parce qu'il ſuffit pour

cela de poſſéder en vertu d'un titre apparent : *juſta opinio tituli æquipollet titulo ;* Arg. L. 4, *princ. &* §, 2 ; *&* L. 9, ff. *pro leg. ; &* L. 5, §. 1, ff. *pro ſuo.* Or le contrat de vente, en vertu duquel l'acheteur poſſédoit & dont on doit préſumer qu'il ignoroit le vice, étoit pour lui un titre apparent, juſqu'à ce que le vendeur ſe fût plaint & eût fait connoître la léſion qui le rend vicieux. Si dans la reſtitution pour cauſe de minorité, l'acheteur eſt tenu au rapport des fruits, c'eſt qu'il devoit s'attendre à la reſciſion, ne pouvant ignorer qu'une vente faite par un mineur y eſt ſujette ; au-lieu que dans le cas de la Loi 2, n'ayant pas dû s'y attendre, on ne doit pas l'obliger à compter des fruits.

Si ces raiſons doivent faire rejetter l'opinion de Cujas dans la theſe générale, au moins doit-elle être ſuivie, lorſque la léſion eſt ſi fort au-deſſous de la moitié du juſte prix, que l'acheteur n'a pu ignorer le vice de ſon contrat ; ou lorſque l'acheteur avoit été long temps le fermier de l'héritage qu'il a acheté, ou que par quelqu'autre raiſon il eſt conſtant qu'il n'en a pu ignorer la valeur ; car dans tous ces cas particuliers, il devoit s'attendre à la reſciſion du contrat ; il ne peut donc paſſer pour un poſſeſſeur de bonne foi.

358. Il reſte à obſerver que l'acheteur qui n'eſt pas obligé au rapport des fruits, ne laiſſe pas de devoir faire déduction du prix de ceux qui étoient pendans lors du contrat, ſur le prix que le vendeur doit lui rendre ; autrement il auroit tout-à-la-fois & les fruits & le prix des fruits, qui fait partie du prix entier qu'on lui rend.

359. 3°. L'acheteur doit rendre avec l'heritage tout ce qui eſt acceſſoire, ſauf les fruits. C'eſt pourquoi, ſi depuis que l'acheteur eſt entré en poſſeſſion il a été trouvé un tréſor, le tiers qu'il a eu dans ce tréſor, en ſa qualité de propriétaire, & *jure fundi*, doit être rendu avec l'héritage au vendeur ; car ce tréſor eſt pour cette partie une eſpece d'acceſſoire de l'héritage, & on ne peut pas dire que ce ſoit un fruit.

360. A l'égard des dégradations de l'héritage, il n'eſt pas douteux que l'acheteur contre qui on exerce l'action reſciſoire, doit faire raiſon de celles dont il a profité. Par exemple, s'il a abattu un bois de haute-futaie qu'il a vendu à un marchand ; s'il a démoli un édifice dont il a vendu les matériaux, il n'eſt pas douteux qu'il doit faire raiſon de la ſomme qui lui eſt parvenue du prix de cette futaie, ou de celui des matériaux.

Quant aux dégradations dont il n'a pas profité, & qui ont été cauſées par ſa négligence, l'acheteur qui peut être réputé avoir été poſſeſſeur de bonne foi, ne doit pas être tenu d'en faire raiſon ; car il a pu négliger un héritage qu'il croyoit être parfaitement à lui, & qu'il ignoroit être ſujet à reſtitution. S'il paroit au contraire qu'il n'a pu ignorer que ſon contrat étoit ſujet à reſciſion, il doit en être tenu.

361. Le vendeur qui exerce l'action reſciſoire, doit, de ſon côté, rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, & tout ce qui en fait partie.

A l'égard des intérêts du prix, lorſque l'acheteur n'eſt pas condamné au rapport des fruits, ils ſe compenſent avec les fruits que l'acheteur retient. Si l'acheteur étoit condamné au rapport des fruits, ce ne pourroit être que ſous la déduction des intérêts, tant du prix principal que de tout ce qui en fait partie, & a tourné au profit du vendeur.

362. Le vendeur doit auſſi faire raiſon à l'acheteur des impenſes qu'il a faites ſur l'héritage.

Celles de pur entretien diminuent de plein droit les jouiſſances qui ne ſont eſtimées que ſous la déduction de ces impenſes, lorſque l'acheteur rapporte les jouiſſances; lorſqu'il ne les rapporte pas, on ne lui doit faire aucune raiſon deſdites impenſes.

A l'égard des autres impenſes, quelques Docteurs, cités par Fachin, 11, 20, ont penſé que l'acheteur ne pouvoit en exiger aucun rembourſement du vendeur qui exerçoit l'action reſciſoire, parce qu'il ne tenoit qu'à lui de ne pas perdre ces impenſes, étant en ſon pouvoir de retenir l'héritage ſur lequel il les a faites en ſuppléant le juſte prix. Ce moyen n'a aucune ſolidité. Il peut ſe faire que la ſituation des affaires de l'acheteur ne lui permette pas de ſuppléer le juſte prix pour pouvoir retenir la choſe; doit-il pour cela perdre ces impenſes, & le vendeur doit-il s'en enrichir & en profiter aux dépens de l'acheteur? C'eſt pourquoi cette opinion a eu peu de ſectateurs.

363. Pour décider à quoi le vendeur eſt tenu envers l'acheteur pour raiſon des impenſes faites par l'acheteur, il faut en diſtinguer de trois eſpeces; les néceſſaires, les utiles, & celles qui ſont purement voluptuaires. Les néceſſaires ne font pas de difficulté: le vendeur doit rembourſer l'acheteur de ce qu'il lui en a coûté à cet égard. Néanmoins ſi l'acheteur, par ſon peu d'attention, avoit payé beaucoup plus qu'il ne falloit pour le prix des matériaux & des ouvrages, le vendeur qui ne doit pas ſouffrir du peu de ſoin de l'acheteur, ne ſeroit tenu de le rembourſer que juſqu'à concurrence ſeulement de ce qu'il en devoit coûter pour leſdites impenſes.

Le vendeur doit rembourſer ces impenſes, quand même elles ne ſubſiſteroient plus, dans le cas auquel elles étoient tellement néceſſaires, que le vendeur n'eût pu ſe diſpenſer de les faire s'il n'eût pas vendu ſon héritage: comme dans le cas auquel l'acheteur auroit reconſtruit la bergerie d'une métairie que le feu du ciel auroit conſumée depuis; car le vendeur ne laiſſe pas d'être cenſé en profiter en ce qu'il a conſervé l'argent qu'il auroit employé à ces impenſes qu'il eût été obligé de faire, s'il n'eût pas vendu ſon héritage; *Hactenùs locupletior videtur, quatenus propriæ pecuniæ pepercit.*

364. Il n'en eſt pas de même des *utiles*: le vendeur qui auroit pu ſe diſpenſer de les faire, n'eſt pas tenu d'en faire raiſon à l'acheteur, ſi elles ne ſubſiſtent pas au temps que s'exerce l'action reſciſoire; & dans le cas auquel elles ſubſiſteroient, il n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve alors plus précieux; car ce n'eſt que juſqu'à cette concurrence qu'il en profite, & ce n'eſt que parce qu'il en profite, qu'il en eſt tenu: *cùm æquum ſit neminem cum alterius detrimento locupletari.*

Quelquefois même il eſt de la prudence du Juge de ne pas aſſujettir le vendeur à rembourſer à l'acheteur la ſomme dont les impenſes utiles qui n'étoient nullement néceſſaires, ont augmenté le prix de l'héritage, & de permettre ſeulement en ce cas à l'acheteur d'enlever ce qui peut s'enlever. Cela doit avoir lieu lorſque les impenſes ſont très-conſidérables; car il ne doit pas être au pouvoir de l'acheteur, en faiſant des impenſes trop conſidérables que le vendeur pourroit n'avoir pas le moyen de rembourſer, de mettre par ce moyen le ven-

deur hors d'état de pouvoir exercer ſon action reſciſoire; d'ailleurs l'acheteur ne peut ſe plaindre, ayant la faculté de conſerver l'héritage avec les méliorations qu'il y a faites, en ſuppléant le juſte prix.

365. Il ne peut y avoir de difficulté par rapport aux impenſes purement voluptuaires qui n'ont augmenté en rien le prix de l'héritage. Le vendeur n'eſt pas obligé d'en rien rembourſer à l'acheteur; il doit ſeulement lui être permis d'enlever ce qui peut l'être.

366. Les impenſes utiles dont le vendeur doit faire raiſon à l'acheteur, ne doivent s'eſtimer que ſous la déduction des détériorations de l'héritage qui procédent du fait ou de la faute quelle qu'elle ſoit de l'acheteur, & que le vendeur eut pu éviter s'il n'eût pas vendu l'héritage; car un héritage ne peut être cenſé mélioré qu'autant que les méliorations excedent les détériorations.

367. Le vendeur doit auſſi faire raiſon des intérêts des ſommes auxquelles montent les impenſes, ſoit néceſſaires, ſoit utiles, dont il doit faire raiſon à l'acheteur, lorſque l'acheteur lui fait raiſon des jouiſſances; car puiſqu'il profite du revenu qu'ont produit leſdites impenſes, il eſt juſte qu'il faſſe raiſon à l'acheteur des intérêts du prix deſdites impenſes.

368. A l'égard des frais du contrat & autres ſemblables, que l'acheteur a faits pour l'acquiſition, il n'eſt pas douteux qu'il n'en a pas de répétition; le vendeur n'étant obligé de rendre que ce dont il a profité.

369. Il nous reſte à obſerver une différence entre les preſtations du vendeur & celles de l'acheteur. Le vendeur peut contraindre préciſément celui-ci à la preſtation de tout ce dont il eſt tenu par cette action; au-lieu que l'acheteur ne peut pas contraindre le vendeur à la preſtation de ce dont le vendeur eſt tenu: il a ſeulement le droit de retenir l'héritage juſqu'à ce que le vendeur ait ſatisfait, & de faire prononcer que faute par le vendeur de ſatisfaire dans un certain temps fixé par le juge, l'héritage lui demeurera irrévocablement.

370. Tout ce que nous avons dit ſur les preſtations reſpectives du vendeur & de l'acheteur, lorſque l'action reſciſoire eſt intentée contre l'acheteur lui-même ou ſes héritiers, reçoit application au cas auquel cette action ſeroit intentée contre un tiers détenteur.

Il n'eſt pas douteux que ce tiers détenteur doit reſtituer l'héritage au vendeur; car il n'y a de droit que celui qui lui vient de l'acheteur aux droits duquel il eſt; & ce droit eſt détruit par l'action reſciſoire.

A l'égard de la reſtitution des fruits, dans les cas auxquels l'acheteur de qui le tiers détenteur tient l'héritage, en auroit pu être tenu, *ſuprà*, *n.* 357, ce tiers détenteur n'en eſt pas à la vérité directement tenu lorſqu'il eſt poſſeſſeur de bonne foi, & qu'il a acquis l'héritage, croyant que celui de qui il l'acquéroit en étoit le propriétaire incommutable: à plus forte raiſon il n'eſt pas tenu directement du rapport des fruits qu'il n'a pas lui-même perçus, mais qui l'ont été par l'acheteur avant qu'il lui eut revendu l'héritage. Mais quoique le tiers détenteur ne ſoit pas tenu directement de la reſtitution de ces fruits, il eſt tenu indirectement, tant de ceux qui ont été perçus par lui, que de ceux qui l'ont été par l'acheteur, en ce qu'il eſt obligé d'en ſouffrir la déduction ſur le prix qui doit lui être rendu par le vendeur. En effet, ſi ce tiers détenteur a le droit de répéter du vendeur le prix que le vendeur a reçu, ce n'eſt pas de ſon chef,

puiſque ce n'eſt pas lui qui le lui a payé; ce n'eſt que du chef de l'acheteur, qui, en lui vendant ou en lui donnant cet héritage, l'a ſubrogé à tous les droits qu'il avoit par rapport à cet héritage, & par conſéquent au droit de s'en faire rendre le prix par le vendeur dans le cas où le vendeur feroit reſcinder la vente qu'il en avoit faite: or l'acheteur n'a droit de répéter ce prix que ſous la déduction des fruits; par conſéquent le tiers détenteur qui a ſes droits, ne peut répéter le prix que le vendeur a reçu, que ſous la déduction deſdits fruits, ſuivant la regle de Droit: *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

Il en eſt de même des dégradations dans les cas auxquels l'acheteur en eſt tenu, ſuivant ce que nous nous avons dit au *n.* 360. Le tiers détenteur qui eſt poſſeſſeur de bonne foi, n'eſt pas tenu directement des dégradations, ſoit qu'elles aient été faites par l'acheteur de qui il a acquis l'héritage, ſoit qu'elles aient été faites par lui-même lorſqu'il n'en a pas profité; mais il eſt tenu de ſouffrir la déduction du prix deſdites dégradations ſur le prix qui doit lui être rendu par le vendeur; l'acheteur de mauvaiſe foi aux droits duquel il eſt, n'ayant droit de répéter le prix de l'héritage, que ſous la déduction du prix des dégradations, tant de celles qui procedent de ſon fait que de celles qui procedent du fait de ſes ſucceſſeurs, deſquels il eſt à cet égard reſponſable.

De tout ceci il réſulte que la ſeule différence qu'il y a entre l'acheteur & le tiers détenteur, par rapport aux preſtations de cette action, eſt que l'acheteur, lorſqu'il eſt de mauvaiſe foi, eſt tenu directement du rapport des fruits & des dégradations, & que le tiers détenteur n'en eſt tenu qu'indirectement; d'où il ſuit que ſi le prix, tant des fruits qui doit être rapporté par l'acheteur, que des dégradations dont il eſt tenu, excédoit le prix qu'il a payé & les intérêts de ce prix, l'acheteur qui en eſt tenu directement, devroit être condamné, & pourroit être contraint au paiement de cet excédant, au-lieu que le tiers détenteur n'y pourroit etre condamné, puiſqu'il n'eſt pas perſonnellement débiteur deſdits fruits & deſdites dégradations.

De-là nait une différence qu'il doit y avoir dans la prononciation du jugement qui intervient ſur cette action reſciſoire. Lorſqu'il eſt rendu contre l'acheteur de mauvaiſe foi, il doit être condamné à rendre l'héritage, rapporter les fruits, faire raiſon des dégradations, à la charge par le vendeur de lui rendre le prix & les intérêts. Mais lorſque le jugement eſt rendu contre un tiers détenteur qui a acquis de cet acheteur, ce tiers détenteur doit être condamné ſeulement à rendre l'héritage, à la charge par le vendeur de lui rendre le prix qu'il a reçu & les intérêts, ſous la déduction des fruits & du prix des dégradations.

371. Il nous reſte à obſerver ſur l'effet de la reſtitution contre la vente d'un héritage pour cauſe de léſion énorme, que le vendeur, en vertu de cette reſtitution, rentre dans l'héritage tel qu'il étoit lors de la vente qu'il en a faite, ſans aucune charge des hypotheques, droits de ſervitude & autres droits réels, que l'acheteur ou ſes ſucceſſeurs, ſoit univerſels, ſoit particuliers y auroient impoſés; car ils n'ont pu donner plus de droit qu'ils n'en avoient eux-mêmes à ceux à qui ils ont donné ces droits d'hypotheque, de ſervitude & autres; par conſéquent de même que le droit qu'avoient l'acheteur & ſes ſucceſſeurs, étoit ſujet à etre reſcindé par la reſtitution obtenue par le vendeur contre le contrat

de vente : ces droits qu'ils ont accordés, doivent être pareillement ſujets à cette reſciſion. C'eſt le vrai cas de la maxime *ſoluto jure dantis, ſolvitur jus accipientis.*

Cette opinion que nous avons embraſſée, eſt celle du plus grand nombre des Docteurs qui ſont cités par Fachin, *contr.* 11, 23. Barthole & quelques autres Docteurs ont été d'un avis contraire. Leur raiſon eſt que la reſciſion du droit de celui qui a impoſé ſur ſon héritage des ſervitudes ou des hypotheques, n'entraîne la reſciſion deſdites ſervitudes & hypotheques que lorſqu'elle ſe fait *ex causâ neceſſariâ :* or, diſent-ils, la reſciſion du droit de l'acheteur ne ſe fait pas *ex causâ neceſſariâ*, dans le cas de la Loi 2, dont il s'agit, puiſqu'il eſt en ſon pouvoir de retenir la choſe en ſuppléant le juſte prix. La réponſe eſt qu'il eſt vrai que la reſciſion du droit du propriétaire n'entraîne pas celle des ſervitudes & hypotheques, lorſque la reſciſion du droit du propriétaire ne ſe fait pas *ex causâ neceſſariâ*, mais *ex causâ voluntariâ*, & par quelque fait qui intervient de la part de ce propriétaire, comme lorſqu'une donation eſt révoquée pour cauſe d'ingratitude, n'étant pas juſte en ce cas qu'il préjudicie par ſon fait au droit des autres, ſuivant cette regle : *Nemo ex alrerius facto prægravari debet.* Mais lorſque la reſciſion du droit d'un propriétaire eſt prononcée ſans que ce ſoit aucun fait de ſa part, intervenu depuis ſon acquiſition qui y ait donné lieu, & qu'elle procede d'un vice inhérent à ſon titre d'acquiſition, comme dans le cas de la Loi 2, il eſt vrai de dire que la reſciſion ſe fait en ce cas *ex causâ neceſſariâ*, & qu'elle entraîne la reſciſion des ſervitudes & hypotheques. Quoique l'acheteur pût retenir la choſe en ſuppléant le juſte prix, on ne peut pas dire pour cela que ſon droit a été reſcindé *ex causâ voluntariâ*; car il n'eſt pas purement en ſon pouvoir de la retenir, puiſqu'il ne le peut qu'en ſuppléant le juſte prix; il ſuffit pour que la reſciſion paroiſſe faite *ex causâ neceſſariâ*, que ce ne ſoit aucun fait de ſa part qui y donne lieu, & qu'il ſoit contraint à délaiſſer la choſe, & il eſt véritablement contraint, lorſqu'il ne ſupplée pas le juſte prix.

Au reſte le créancier hypothécaire de l'acheteur ayant droit pour la conſervation de ſon droit d'hypotheque d'exercer tous les droits que ſon débiteur eſt dans le cas d'exercer, peut intervenir ſur l'action reſciſoire avant qu'elle ait été exécutée; & en payant au vendeur le ſupplément du juſte prix, exercer ſes hypotheques ſur l'héritage; mais il ne peut plus y être admis après que l'action reſciſoire a été exécutée par la reſtitution de l'héritage; car il ne peut exercer le droit qu'avoit ſon débiteur de ſuppléer le juſte prix, lorſque ſon débiteur a ceſſé de l'avoir.

ARTICLE II.

De l'action reſciſoire de l'Acheteur.

372. On a mis en queſtion, ſi lorſque l'acheteur ſouffroit une léſion énorme dans le prix, il avoit auſſi une action reſciſoire pour faire reſcinder le contrat. Automne *ad* L. 2, *Cod. de reſc. vend.* tient la négative; mais ſon opinion eſt contraire aux principes de Droit, & au ſentiment de preſque tous les Auteurs. Dumoulin en ſon Traité *de contr. uſur. Quæſt.* 14, ſuppoſe comme une choſe conſtante que l'acheteur peut, pour cauſe de léſion énorme, ſe pourvoir

pourvoir contre le contrat, & il n'en fait pas même de queſtion. L'action reſciſoire pour cauſe de léſion n'eſt pas fondée ſeulement ſur la Loi 2, *Cod. de reſc. vend.*; mais elle eſt fondée ſur un principe tiré de la nature des contrats commutatifs, dans leſquels chacune des parties contractantes n'entend donner ce qu'elle donne, que pour recevoir l'équivalent; d'où il ſuit que ces contrats ſont vicieux, & doivent être comme tels reſcindés, lorſque l'une des parties y ſouffre une léſion énorme, & ne reçoit pas à beaucoup près l'équivalent de ce qu'elle donne. Or il eſt évident que ce principe ne milite pas moins à l'égard de l'acheteur, qu'à l'égard du vendeur. Automne pour ſon ſentiment dit, que la léſion que l'acheteur ſouffre, étant une léſion dans le prix qui eſt une choſe mobiliaire, il ne doit pas être admis à prétendre la reſciſion du contrat, qui, ſelon notre Droit François, ne s'accorde pas pour choſes mobiliaires. La maxime qu'il oppoſe, dit ſeulement qu'il n'y a pas lieu à la reſciſion dans les aliénations des choſes mobiliaires, c'eſt-à-dire, lorſque la vente eſt d'une choſe mobiliaire : mais lorſque l'objet du contrat de vente eſt un héritage, il doit y avoir lieu à l'action reſciſoire de la part de celle des parties qui a été léſée.

Nous verrons ſur cette action, 1°. quelle eſt ſa nature; 2°. pour quelles choſes & en quel cas elle a lieu; 3°. quelles ſont les preſtations reſpectives dont le vendeur & l'acheteur ſont tenus l'un envers l'autre ſur cette action.

§. I.

De la nature de cette action.

373, Cette action eſt une action reſciſoire qui a pour objet principal de reſcinder & faire déclarer nul le contrat de vente.

En conſéquence elle ne peut s'intenter qu'en vertu de Lettres de reſciſion, obtenues en la Chancellerie du Palais, par leſquelles le Prince ordonne la reſciſion du contrat, s'il appert au Juge de la léſion expoſée par l'acheteur.

De la reſciſion du contrat, naît l'obligation en laquelle eſt le vendeur, de rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, comme l'ayant reçu ſans cauſe; à la charge par l'acheteur de lui rendre de ſon côté la choſe vendue.

C'eſt pourquoi cette action qu'a l'acheteur contre le vendeur, eſt une action perſonnelle par laquelle l'acheteur demande qu'en vertu des Lettres de reſciſion par lui obtenues, le contrat ſoit déclaré nul & reſcindé, & qu'en conſéquence le vendeur ſoit condamné à lui rendre le prix qu'il a reçu, aux offres que cet acheteur doit faire de lui rendre la choſe vendue.

374. Comme c'eſt l'iniquité qui ſe trouve dans le prix qui vicie le contrat, & qui donne lieu à cette action; de même que lorſque la léſion eſt du côté du vendeur, l'acheteur peut empêcher la reſciſion du contrat, en réformant l'iniquité qui s'y trouve par des offres de ſuppléer ce qui manque au juſte prix; de même lorſque la léſion eſt du côté de l'acheteur, le vendeur doit pareillement avoir la faculté d'empêcher la reſciſion du contrat, en offrant de ſe reſtreindre au juſte prix, & de rendre ce qu'il a reçu de plus, ſans intérêts.

En cela cette action reſciſoire qu'a l'acheteur pour cauſe de léſion dans le prix, differe de l'action redhibitoire qu'il a pour raiſon des vices de la choſe

vendue, & dont nous avons traité dans la partie précédente, laquelle action ne peut être excluſe par des offres que feroit le vendeur de faire diminution ſur le prix de ce que la choſe vaut de moins à cauſe du vice qui s'y trouve. La raiſon de différence eſt que ſi l'acheteur eût connu le vice, il n'auroit pas du tout voulu acheter : au-lieu que la connoiſſance du juſte prix l'auroit ſeulement empêché de vouloir acheter ſi cher.

§. II.

Pour quelles choſes & dans quel cas cette action reſciſoire a-t-elle lieu.

375. De même que le vendeur n'eſt pas admis à demander la reſciſion du contrat pour cauſe de léſion dans les ventes de choſes mobiliaires, ni dans les ventes de droits ſucceſſifs, ni dans les ventes judiciaires, comme nous l'avons vu en l'article précédent, l'acheteur n'y doit pas être admis non plus.

376. La léſion qui fait accorder à l'acheteur l'action reſciſoire, doit être ſemblable à celle qui y fait admettre le vendeur : de même qu'il faut que le vendeur reçoive un prix qui ſoit au-deſſous de la moitié de la valeur de la choſe qu'il donne : comme lorſqu'il vend une choſe de vingt écus, il faut que le prix ſoit au-deſſous de dix écus ; de même il faut que la choſe que l'acheteur reçoit, ſoit au-deſſous de la valeur de la moitié de la valeur du prix qu'il donne ; *putà* s'il achete une choſe de la valeur de dix écus, il faut que le prix qu'il donne ſoit de plus de vingt écus : c'eſt ce qu'établit Dumoulin, *de contr. uſur. quæſt.* 14, contre l'opinion de ceux qui penſoient qu'il ſuffiſoit qu'il achetât pour un prix plus fort que la moitié du juſte prix, outre le juſte prix, *putà* qu'il achetât ſeize écus.

377. Il faut que le prix pour lequel il l'a achetée au-delà du juſte prix, ne ſoit pas un prix d'affection ; car nous avons vu *ſuprà*, *part.* 2, *chap.* 2, *art.* 4, §. 2, qu'on pouvoit licitement en certains cas dans les contrats de vente, ajouter au juſte prix intrinſeque de la choſe le prix de l'affection. C'eſt pourquoi il eſt fort rare qu'il y ait lieu à cette action reſciſoire de la part de l'acheteur, l'excès du prix étant ordinairement le prix de l'affection.

378. Lorſque la choſe vendue a ceſſé d'exiſter, il ne laiſſe pas d'y avoir lieu à cette action reſciſoire de l'acheteur, quoiqu'en pareil cas, celle du vendeur ceſſe d'avoir lieu, lorſque la léſion eſt de ſon côté, comme nous l'avons vu en l'article précédent. La raiſon de différence eſt évidente : l'action reſciſoire du vendeur renferme la revendication de la choſe vendue, qui ne peut avoir lieu qu'autant que cette choſe exiſte. Au contraire, l'action reſciſoire de l'acheteur ne renferme que la demande d'une ſomme d'argent.

379. On peut encore remarquer une autre différence entre l'action reſciſoire de l'acheteur & celle du vendeur. Nous avons décidé *ſuprà*, *n.* 352 & 354, qu'elle avoit lieu, quoiqu'il fût juſtifié que le vendeur, lors du contrat, avoit eu une parfaite connoiſſance de la valeur de la choſe, & quoiqu'il eût renoncé expreſſément à cette action. La raiſon eſt que ſouvent l'indigence & le preſſant beſoin oblige à vendre ſon bien à vil prix ; mais cette raiſon étant particuliere au vendeur, il faut décider le contraire à l'égard de l'action reſciſoire de l'acheteur.

§. III.

Des preſtations réciproques du vendeur & de l'acheteur dans cette action.

380. Le vendeur contre qui l'acheteur a donné l'action reſciſoire, eſt tenu de rendre à l'acheteur le prix qu'il a reçu, & de le décharger de ce qui en ſeroit encore dû, à la charge par l'acheteur de lui rendre la choſe.

Le vendeur qui a vendu de bonne foi, n'eſt tenu qu'à la reſtitution du prix, & non au rembourſement des frais du contrat, & de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour l'acquiſition.

En cela cette action reſciſoire de l'acheteur eſt différente des actions redhibitoires dont nous avons traité *ſuprà*, *part.* 2, *ſect.* 4, *art.* 4. La raiſon de différence eſt que l'action redhibitoire eſt fondée ſur l'obligation de la garantie des vices redhibitoires ; obligation que le vendeur a contractée envers l'acheteur. Cette garantie l'oblige aux dommages & intérêts de l'acheteur, réſultans de ce que la choſe ſe trouve infectée de quelqu'un de ces vices, deſquels dommages & intérêts fait partie l'indemnité de ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour l'acquérir. Au contraire, l'action reſciſoire de l'acheteur pour cauſe de ſimple léſion dans le prix, n'eſt fondée ſur aucune obligation que le vendeur ait contractée par le contrat de vente. Ce contrat qui eſt nul n'en ayant produit ni de part ni d'autre, l'obligation du vendeur eſt en ce cas uniquement fondée ſur ce que le contrat étant nul, il ſe trouve avoir reçu ſans cauſe ce qu'il a reçu en vertu de ce contrat. Son obligation ſe borne donc à ce qu'il a reçu, & ne doit pas s'étendre à ce qu'il en a coûté à l'acheteur, dont le vendeur n'a pas profité.

381. Le vendeur eſt auſſi tenu de rembourſer à l'acheteur les impenſes néceſſaires qu'il a faites ſur l'héritage vendu, lorſque l'acheteur le lui rend ; car le vendeur ne doit pas profiter de ces impenſes, & s'enrichir aux dépens de l'acheteur.

A l'égard des impenſes ſeulement utiles, par la même raiſon que perſonne ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre, il doit auſſi les rembourſer ; mais il n'eſt pas tenu de rembourſer tout ce qu'elles ont coûté, mais ſeulement juſqu'à concurrence de ce que l'héritage qu'on lui rend, s'en trouve alors plus précieux. Il n'eſt pas même obligé à ce rembourſement, lorſque ces impenſes, utiles à la vérité, mais non néceſſaires, ſont trop conſidérables, ne devant pas être au pouvoir de l'acheteur de l'empêcher de pouvoir rentrer dans ſon héritage, en y faiſant des impenſes pour des ſommes que le vendeur n'auroit pas le moyen de rembourſer : il ſuffit en ce cas au vendeur de permettre à l'acheteur d'enlever tout ce qui peut s'enlever *ſine rei detrimento*.

Il en eſt de même des impenſes voluptuaires, le vendeur n'en doit aucun rembourſement ; mais ſi elles peuvent s'enlever, il ne peut empêcher l'acheteur de les enlever, ſi mieux n'aime le vendeur les retenir en les rembourſant.

382. Le vendeur n'eſt tenu au rembourſement des impenſes, que lorſque la choſe vendue exiſte, & qu'elle lui eſt rendue par l'acheteur : lorſqu'elle ne lui eſt pas rendue, il n'eſt pas même tenu en ce cas de reſtituer tout le

prix qu'il a reçu, mais ſeulement ce qu'il en a reçu au-delà du juſte prix. Car ayant, comme nous l'avons vu au paragraphe premier, la faculté d'exclure en entier l'action reſciſoire de l'acheteur, en rendant ſeulement à l'acheteur ce qu'il a reçu au-delà du juſte prix, il ne peut être tenu à aucune autre choſe, lorſqu'on ne lui rend pas la choſe vendue.

383. A l'égard des preſtations dont eſt tenu l'acheteur qui a donné contre le vendeur l'action reſciſoire, il eſt tenu de rendre au vendeur l'héritage qu'il a acheté dudit vendeur, tel qu'il ſe trouve, & par conſéquent il eſt tenu de le rendre avec toutes les augmentations ſurvenues dans cet héritage depuis le contrat, ſoit naturelles, telles que ſont les alluvions; ſoit induſtrielles, tels que ſont les édifices conſtruits ſur le terrain vendu, à la charge néanmoins par le vendeur de lui faire raiſon des impenſes, comme il a été expliqué ci-deſſus.

Si l'héritage a été détérioré par la faute de l'acheteur, il doit tenir compte au vendeur des détériorations.

384. Lorſque l'héritage a été vendu avec les meubles qui y étoient, l'acheteur doit auſſi les rendre au vendeur, s'ils ſont encore en nature; s'il les a conſommés, & que ce ſoit par ſa faute qu'ils ne ſe trouvent plus, il en doit l'eſtimation: car dans cette action reſciſoire, les parties étant remiſes au même état qu'avant le contrat, chacune doit reprendre tout ce qu'elle a donné.

SECTION III.

De la réſolution de la vente qui ſe fait en vertu de la clauſe de réméré.

385. La clauſe de réméré eſt une clauſe par laquelle le vendeur ſe réſerve la faculté de racheter la choſe vendue.

Par cette clauſe, l'acheteur contracte l'obligation de rendre au vendeur la choſe vendue, lorſqu'il lui plaira de la racheter, en ſatisfaiſant aux conditions du rachat.

La vente faite avec cette clauſe eſt différente du contrat d'engagement. Celui qui engage une choſe en conſerve la propriété: il ne transfere à l'engagiſte à qui il l'a donnée par engagement, que le droit de la poſſéder juſqu'au rachat, & d'en percevoir juſqu'à ce temps tous les fruits & toute l'utilité; mais celui qui vend une choſe avec la clauſe de réméré, transfere à l'acheteur à qui il la délivre la propriété de cette choſe: il n'a que le droit de la racheter, qui naît de l'obligation que l'acheteur contracte par la clauſe de réméré.

Nous diviſerons cet article en ſept paragraphes. Nous verrons dans le premier ſi cette clauſe eſt valable dans la vente d'un héritage, lorſque l'acheteur eſt mineur. Nous traiterons dans le ſecond, de la nature du droit de réméré. Dans le troiſieme, de la nature de l'action de réméré. Dans le quatrieme, quand le réméré peut être exercé, & contre qui. Dans le cinquieme, des preſtations reſpectives qui ont lieu dans l'action de réméré. Dans le ſixieme, de l'effet du réméré. Dans le ſeptieme, des manieres dont le droit de réméré s'éteint.

§. I.

Si la clauſe de réméré eſt valable dans le Contrat de vente d'un héritage, lorſque l'acheteur eſt mineur.

386. Fachinæus, *lib. 11, controv. 3*, & pluſieurs Docteurs par lui cités, ont penſé que la clauſe de réméré n'étoit pas valable dans la vente d'un héritage, lorſque c'étoit un mineur qui étoit l'acheteur. Ils ſe fondent ſur ce que les Loix ordonnent que les héritages des mineurs ne puiſſent être aliénés que par le décret du Juge, & réputent en conſéquence nulles toutes les conventions par leſquelles les mineurs s'engageroient à les aliéner. Or, diſent-ils, la convention par laquelle un mineur s'oblige à ſouffrir le réméré, & par conſéquent à aliéner l'héritage qu'il aura acheté, & dont il ſera devenu le propriétaire, eſt contraire aux Loix qui défendent l'aliénation des biens des mineurs ; car par cette convention le mineur s'oblige d'aliéner l'héritage qu'il a acheté, dont il eſt devenu propriétaire. Ils citent pour confirmer leur ſentiment la Loi 7, *Cod. de præd. minor.*, qui déclare nulle une convention par laquelle un mineur avoit conſenti à la réſolution d'une donation qui lui avoit été faite ; & la Loi 1, §. *fin.* & L. 2, ff. *de reb. eor.*, qui déclarent nulle la clauſe par laquelle celui qui avoit vendu un héritage à un mineur, avoit ſtipulé qu'il lui ſeroit hypothéqué pour le prix qui lui en étoit dû ; *nam*, dit le Juriſconſulte, *ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari.* Nonobſtant ces raiſons, il faut décider que cette convention eſt valable dans un contrat de vente, quoique l'acheteur ſoit mineur. Les aliénations des biens des mineurs que les Loix défendent d'aliéner, ſont celles qui ſont purement volontaires, & non celles qui ſont néceſſaires ; telles que ſont celles qui ſe font en vertu d'une clauſe de l'acquiſition même. D'ailleurs on ne peut pas dire que le réméré d'un héritage qui eſt exercé ſur un acheteur, ſoit une aliénation. Ce n'eſt pas tant une aliénation que cet acheteur fait de cet héritage, qu'une ceſſation & réſolution de l'aliénation que le vendeur en avoit faite, & de l'acquiſition qu'en avoit faite l'acheteur. C'eſt pour cette raiſon qu'il n'eſt pas dû un ſecond profit pour le réméré, (*Orléans, art. 112,*) & que l'héritage retourne au vendeur qui exerce le réméré avec l'ancienne qualité de propre qu'il avoit avant l'aliénation. Ajoutez à ces raiſons que les ventes qui ſe font avec la clauſe de réméré, ſe font à moindre prix par cette conſidération. Il ſeroit contre l'équité que l'acheteur mineur profitât du bon marché, & de la diminution faite ſur le prix en conſidération de cette clauſe, ſans en être tenu. La minorité donne bien le droit à un mineur de ſe pourvoir contre un marché qui ne lui eſt pas avantageux ; mais il doit en ce cas le rejetter en entier : ſa minorité ne peut lui donner le droit de le ſyncoper, en prenant dans le marché ce qui lui eſt avantageux, & rejettant le ſurplus.

Il eſt facile de répondre aux Loix oppoſées. La Loi 7, *Cod. de præd. min.*, qui déclare nulle une convention par laquelle un mineur auroit conſenti à la réſolution d'une donation à lui faite, ne peut être entendue que d'une convention faite *ex intervallo*, après que la donation a été conclue & arrêtée, &

non pas d'une clauſe portée par l'acte même de donation; car un donateur qui pouvoit ne pas donner du tout, peut mettre telles reſtrictions que bon lui ſemble à ſa donation. *Unicuique licet quem voluerit liberalitati ſuæ modum apponere*, & par conſéquent il peut la faire avec telle clauſe réſolutoire qu'il juge à propos.

A l'égard des Loix du titre *de reb. eor., &c.*, la déciſion qu'elles renferment n'eſt fondée que ſur une pure ſubtilité. Le Juriſconſulte le reconnoît lui-même, puiſqu'il dit en la Loi 2, qu'on a recours en ce cas au Prince, qui ayant plus d'égard à la bonne foi qu'à la ſubtilité, confirme la convention. La Loi oppoſée ne peut donc recevoir d'application parmi nous, qui n'admettons pas dans notre Pratique Françoiſe les ſubtilités du Droit Romain. Le ſentiment que nous embraſſons eſt celui de Balde, de Pinellus, de Tiraqueau, *&c.*

§. II.

De la nature du droit de réméré.

387. Le droit de réméré n'eſt pas proprement un droit que le vendeur ait dans l'héritage qu'il a vendu avec cette clauſe; ce n'eſt qu'un droit par rapport à cet héritage; une créance de cet héritage qui naît de l'obligation que l'acheteur a contractée par la clauſe de réméré d'en ſouffrir le rachat, à l'exécution de laquelle obligation l'héritage eſt affecté, c'eſt proprement *jus ad rem*, plutôt que *jus in re.*

388. Ce droit de réméré qu'a le vendeur, eſt un droit qui eſt tranſmiſſible à ſes héritiers. La Loi 2, *Cod. de pact. inter empt. & vend.* le décide formellement; & cette déciſion eſt fondée ſur un principe général, que tout ce que nous ſtipulons, nous ſommes cenſés le ſtipuler pour nos héritiers comme pour nous, à moins que la nature de la choſe qui fait la matiere de la convention ou les circonſtances, ne faſſent appercevoir le contraire.

389. Lorſqu'il eſt dit que le vendeur ſeul pourra exercer le réméré, Deſpeiſſes après Tiraqueau, penſe que ce terme *ſeul* en ce cas empêche ſeulement que le réméré ſoit ceſſible, mais qu'il n'empêche pas qu'il ne ſoit tranſmiſſible aux héritiers du vendeur. On peut dire pour raiſon de cette opinion, que les héritiers du vendeur ſuccedent à la qualité de *vendeur.*

Mais s'il étoit dit que le réméré ne pourroit être exercé que par la perſonne du vendeur; ou en ces termes, que *par ledit un tel*, il ſeroit évident qu'il eſt reſtreint à la perſonne du vendeur, & qu'il ne peut paſſer à ſes héritiers.

390. Ce droit eſt ceſſible: ce n'eſt pas un droit qui ſoit attaché à la perſonne du vendeur; mais c'eſt un droit qui fait partie de ſes biens, & dont il peut diſpoſer de même que de ſes autres biens. Fachin, 11, 11, Tiraqueau, *&c.*

391. Lorſque la clauſe ne porte aucun temps limité dans lequel le vendeur pourra exercer le réméré, quelques anciens Docteurs ont prétendu que le droit de réméré étoit impreſcriptible; parce que, diſoient-ils, le réméré conſiſte dans une faculté que ſe réſerve le vendeur, & que c'eſt un principe que ce qui eſt de faculté n'eſt pas ſujet à la preſcription. Cette opinion a été rejettée avec raiſon, & il n'eſt pas douteux aujourd'hui que le droit de réméré eſt ſujet à la

prescription ordinaire de trente ans. Le principe que ce qui est de faculté n'est pas sujet à prescription, n'est vrai qu'à l'égard de ce qui est de faculté naturelle; telle que celle que chacun a d'élever sa maison; ou à l'égard de ce qui est faculté de Droit Public, telle qu'est la faculté que la Loi municipale accorde aux Laboureurs de la Beauce, de faire paître leurs troupeaux sur toutes les terres vaines de la Paroisse; ou enfin à l'égard d'une faculté qui procéderoit de la nature & de l'essence du contrat d'où elle dérive; telle qu'est la faculté que celui qui a donné une chose en nantissement, a de la dégager; celle qu'a le débiteur d'une rente constituée, de la racheter. Mais lorsque la faculté procede d'une clause accidentelle d'un contrat, & qu'elle ne nous appartiendroit pas sans un titre particulier par lequel elle nous est accordée; une telle faculté est un droit sujet à prescription, de même que tous les autres droits. C'est ce qui se trouve décidé par les Coutumes de Paris, *art.* 108, & d'Orléans, *art.* 269, qui disent: *La faculté donnée par contrat de racheter héritages, ou rente de bail d'héritages à toujours, se prescrit par trente ans.*

392. Cette décision a lieu non-seulement dans le cas auquel la clause de réméré n'auroit exprimé aucun temps, mais aussi dans le cas auquel il seroit dit que le vendeur auroit cette faculté *à toujours*, même dans le cas auquel il seroit dit que cette faculté ne pourroit se prescrire par quelque temps que ce soit; car les prescriptions étant de Droit Public, il ne peut y être dérogé par les conventions des particuliers: *Privatorum conventio juri publico non derogat*; L. 45, §. 1, ff. *de reg. jur. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; L. 38, ff. *de pact.*

393. Suivant ces principes, il paroît qu'on doit décider que dans le cas auquel la clause de réméré porteroit expressément un temps plus long que celui de la prescription légale; *putà*, s'il étoit dit que le vendeur pourroit exercer le réméré pendant quarante ans, la prescription légale de trente ans ne laisseroit pas d'avoir lieu, nonobstant cette clause; & tout l'effet de cette clause seroit que si la prescription de trente ans avoit été arrêtée par la minorité des héritiers du vendeur qui ont succédé au droit de réméré, & qu'elle ne se trouvât pas accomplie lors de l'expiration du temps de quarante ans, stipulé par le contrat; ces héritiers contre qui la prescription légale n'a pas couru, pourroient être exclus du droit de réméré par la prescription conventionnelle qui court contre les mineurs, comme nous le verrons *infrà.*

394. Pareillement quoique le vendeur se soit retenu le droit de réméré pendant tout le temps de sa vie, cette clause ne le soustrait pas à la Loi de la prescription, & n'empêche pas qu'il ne soit non-recevable à exercer ce droit apres l'expiration des trente ans depuis le contrat; tout l'effet de cette clause, est que le droit ne puisse passer à ses héritiers, s'il n'a pas intenté l'action de son vivant.

§. III.

De la nature de l'action de réméré.

395. Du droit de réméré nait l'action de réméré. Cette action est une branche de l'action personnelle *ex vendito*; car elle nait d'une obligation que l'acheteur

a contractée envers le vendeur par la clauſe de réméré, qui faiſoit partie du contrat de vente ; & par conſéquent elle naît du contrat de vente.

Cette action eſt perſonnelle réelle, & peut ſe donner contre les tiers détenteurs de l'héritage vendu ſous cette condition ; car l'héritage eſt affecté à l'exécution de l'obligation que l'acheteur a contractée par la clauſe de réméré inſérée au contrat de vente, de rendre cet héritage au vendeur, lorſque le vendeur jugera à propos d'exercer le réméré ; le vendeur n'ayant aliéné ſon héritage que ſous les clauſes & conditions de ſon contrat, l'a affecté en l'aliénant à l'exécution de cette clauſe.

On objectera peut-être ce que nous venons de dire, que l'action eſt une branche de l'action *ex vendito ;* or l'action *ex vendito* eſt une action qui n'eſt que perſonnelle, & qui ne peut être donnée que contre l'acheteur & ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs univerſels : donc, dira-t-on, il en doit être de même de l'action de réméré. Je réponds en convenant que l'action *ex vendito* n'eſt que perſonnelle, quant à ſon principal objet qui eſt la pourſuite du paiement du prix ; mais on n'en doit pas conclure qu'elle ne puiſſe être perſonnelle réelle, quant à d'autres objets tel qu'eſt celui du réméré. Rien n'empêche qu'une action qui a pluſieurs branches provenantes de différens engagemens portés par un même contrat, & qui a différens objets, ſoit ſimplement perſonnelle à l'égard d'un objet, & perſonnelle réelle à l'égard d'un autre.

396. L'action de réméré eſt diviſible, lorſque la choſe vendue eſt quelque choſe de diviſible, tel qu'eſt un héritage : c'eſt pourquoi ſi l'héritage a été vendu avec cette clauſe à pluſieurs acheteurs, ou à un acheteur qui a laiſſé pluſieurs héritiers, cette action ne peut ſe donner contre chacun d'eux que pour la part qu'il a dans l'héritage.

Vice verſâ, ſi pluſieurs vendeurs ont vendu avec cette clauſe un héritage ; ou ſi un vendeur a laiſſé pluſieurs héritiers, chacun des vendeurs ne peut exercer le réméré que pour ſa part, & pareillement chacun des héritiers ne peut l'exercer que pour la part pour laquelle il eſt héritier. Il eſt vrai qu'il y a quelques Auteurs qui ſont d'avis contraire, & qui penſent que l'un des vendeurs, ou l'un des héritiers doit être admis à exercer le réméré pour le total, en donnant caution à l'acheteur de le défendre contre ſes covendeurs ou contre ſes cohéritiers, & ſauf à lui à ſe régler avec eux au cas qu'ils vouluſſent avoir part au réméré ; mais l'opinion de ces Auteurs eſt contraire aux principes établis par Dumoulin, *Tr. de div. & ind. P.* 3, *n.* 582 *& ſeq.* dont nous ſuivons l'avis. L'action de réméré étant diviſible, puiſqu'elle a pour objet un héritage qui eſt quelque choſe de diviſible, elle ſe diviſe néceſſairement entre les héritiers du vendeur. Chacun des héritiers ne ſuccédant à cette action que pour la part pour laquelle il eſt héritier, ne peut par conſéquent l'intenter que pour cette part, & il doit être au pouvoir de l'acheteur de conſerver, s'il le juge à propos, les autres parts, ſi les autres héritiers n'exercent pas le réméré.

Néanmoins ſi l'acheteur juge qu'il n'eſt pas de ſon intérêt de retenir des portions indiviſibles, on ne pourra pas l'obliger à ſouffrir pour partie le réméré de cet héritage qu'il n'a acheté que pour l'avoir en entier. C'eſt pourquoi l'acheteur peut en ce cas conclure au congé de la demande de cet héritier pour partie, ſi mieux il n'aime reprendre l'héritage en entier, & rembourſer en

entier

entier l'acheteur du prix & des loyaux-coûts de ſon acquiſition. Cet héritier qui aura été obligé de rémérer l'héritage pour le total, aura droit de demander au partage de la ſucceſſion à ſes cohéritiers, qu'ils ſoient tenus de lui faire raiſon pour leurs parts du coût du réméré, ſinon que l'héritage lui demeurera en entier.

Notre déciſion eſt fondée ſur la nature même de l'action de réméré, qui oblige le vendeur ou ſes héritiers qui exercent le réméré, à indemniſer l'acheteur ſur qui ils l'exercent, & à le remettre au même état qu'il étoit avant ſon acquiſition. Or ſi l'héritier pour partie du vendeur qui exerce le réméré pour la part pour laquelle il eſt héritier, n'étoit pas obligé de rémérer pour le tout, lorſque l'acheteur le demande, l'acheteur ne ſeroit pas indemne ; il ne ſeroit pas remis au même état auquel il étoit avant ſon acquiſition, puiſqu'il ſeroit obligé de ſouffrir l'incommodité d'une communauté qu'il n'a voulu, ni entendu ſouffrir lorſqu'il a acquis l'héritage, ne l'ayant acquis que pour l'avoir en entier. La Loi 41, §. 9, *de leg.* 3°. n'eſt pas contraire à notre déciſion. Elle eſt dans l'eſpece d'un héritier qui a été grevé par le teſtateur, de vendre à deux légataires un certain héritage pour un certain prix. Elle dit bien que l'un de ces légataires peut demander qu'on lui vende l'héritage pour ſa part, quoique l'autre ne veuille pas l'acheter. Ce qui eſt conforme à ce que nous diſons, que l'un des héritiers du vendeur peut demander à exercer le réméré pour ſa part ; mais il ne s'enſuit pas que l'héritier aſſigné ſur cette demande ne puiſſe pour ſon indemnité obliger le légataire à acheter le total. C'eſt une autre queſtion que la Loi ne décide pas, & même qu'elle n'agite pas : c'eſt pourquoi cette Loi ne peut nous être oppoſée.

§. IV.

Quand le réméré peut-il être exercé, & contre qui.

397. Zoannetus, Juriſconſulte de Bologne, du ſeizieme ſiecle, dans un Traité qu'il a fait *de emptione cum pacto retrovenditionis*, agite la queſtion de ſçavoir, ſi le vendeur doit être admis à exercer l'action de réméré dès le lendemain du contrat de vente : ce qui pourroit arriver ſi le vendeur incontinent apres avoir paſſé le contrat de vente, avoit reçu une ſomme d'argent à laquelle il ne s'attendoit pas, qui le mît en état d'exercer le réméré. Cet Auteur décide pour la négative. Il penſe que le vendeur doit laiſſer l'acheteur jouir un certain temps de la choſe vendue, avant que d'en pouvoir exercer le réméré, de même que celui qui m'a prêté une ſomme d'argent ne ſeroit pas admis à me pourſuivre dès le lendemain pour la lui rendre. Ce ſentiment de Zoannetus paroît dénué de raiſon. Il n'y a aucune parité entre le cas du prêt & celui-ci. Si dans le cas du prêt, le prêteur n'eſt pas admis à pourſuivre dès le lendemain le débiteur pour la reſtitution de la ſomme qu'il a prêtée, c'eſt que celui qui emprunte une ſomme d'argent, ne l'emprunte que pour l'employer incontinent à ſes affaires. Si le prêteur étoit admis à le pourſuivre pour lui rendre la ſomme auſſi-tôt qu'il l'a employée, & avant qu'il ſe ſoit paſſé un temps ſuffiſant pour qu'il put amaſſer de l'argent pour la rendre, il arriveroit que le prêt, qui de

ſa nature eſt un bienfait, deviendroit un piege que le prêteur tendroit à l'emprunteur pour lui faire des frais dans un temps auquel il eſt moralement certain qu'il ne peut pas avoir la commodité de rendre. Ce qui eſt contraire à cette maxime d'équité, *beneficium nemini debet eſſe captioſum.* Il ne ſe trouve rien de ſemblable dans notre cas: le vendeur en exerçant le réméré dès le lendemain de la vente, ne fait aucun tort à l'acheteur: il eſt au contraire ſouvent plus avantageux à l'acheteur, que le vendeur qui veut exercer le réméré, l'exerce plutôt que plus tard, afin que l'acheteur ne perde pas les occaſions qui pourroient ſe préſenter de faire un autre emploi avantageux de ſon argent.

398. L'action de réméré s'intente non-ſeulement contre l'acheteur & ſes héritiers; mais lorſqu'ils ont aliéné l'héritage ſujet au réméré, elle s'intente même contre les tiers détenteurs qui ne l'ont pas acquis à cette charge.

Lorſque l'uſufruit de cet héritage eſt ſéparé de la propriété, l'action doit ſe donner tant contre l'uſufruitier que contre le propriétaire de l'héritage.

§. V.

Des preſtations réciproques auxquelles ſont tenus, en cas de réméré, l'acheteur & le vendeur.

399. L'acheteur ou le poſſeſſeur, ſur l'action de réméré, doit être condamné à rendre la choſe vendue.

On a à ce ſujet agité la queſtion, ſi en ce cas le vendeur pouvoit contraindre *manu militari* l'acheteur qui a la choſe en ſa poſſeſſion, à la lui rendre, en faiſant ordonner, lorſque c'eſt un héritage, qu'il lui ſera permis de s'en mettre en poſſeſſion, d'en déloger de force l'acheteur par le miniſtere d'un Sergent; & lorſque c'eſt un meuble, en faiſant ordonner qu'il lui ſera permis de le faire ſaiſir & enlever; ou ſi l'acheteur doit ſeulement être condamné en des dommages & intérêts, faute de ſatisfaire à ſon obligation? Cette queſtion eſt toute ſemblable à celle que nous avons ci-deſſus agitée en la ſeconde partie de ce Traité, *n.* 67, de ſçavoir ſi le vendeur qui avoit en ſa poſſeſſion la choſe vendue pouvoit être contraint *manu militari* à la livrer; ou s'il n'étoit tenu qu'à des dommages & intérêts? Les raiſons que nous avons au long expoſées pour & contre ſur cette queſtion reçoivent ici leur application. Le fait de la reſtitution de la choſe vendue auquel la clauſe de réméré oblige l'acheteur, de même que celui de la tradition auquel le contrat de vente oblige le vendeur, n'eſt pas un pur fait de la perſonne du débiteur, *non eſt nudum factum*, mais un fait *quod ad dationem accedit*, à l'exécution duquel il peut être contraint *manu militari.* C'eſt pourquoi de même que nous avons décidé que le vendeur peut être contraint *manu militari* à livrer la choſe qu'il a vendue lorſqu'il l'a en ſa poſſeſſion, nous devons pareillement dire que celui qui a acheté une choſe ſous faculté de réméré, peut être contraint *manu militari* à la rendre. C'eſt l'avis de Fachineus, *controv.* 11, 8, auſſi-bien que de Pinellus, Zoannetus & Chaſſanée. Tiraqueau a ſuivi l'opinion contraire.

400. La choſe vendue doit être rendue au vendeur qui exerce le réméré, en l'état où elle ſe trouve; ſauf que ſi c'eſt par la faute de l'acheteur qu'elle eſt

détériorée, l'acheteur doit être condamné aux dommages & intérêts réſultans de cette détérioration.

L'acheteur eſt à cet égard tenu de la faute légere, ſuivant la nature du contrat de vente, & ſuivant le principe établi en notre Traité des Obligations, *n.* 142, que dans les contrats qui ſe font pour l'utilité réciproque de chacun des contractans, tel qu'eſt le contrat de vente, les parties ſont entre elles tenues de la faute légere, *de levi culpâ.*

401. Lorſque la choſe ſe trouve détériorée ſans la faute de l'acheteur, le vendeur qui exerce le réméré doit la prendre telle qu'elle ſe trouve, ſans pouvoir prétendre à cet égard qu'il lui ſoit fait aucune diminution ſur le prix qu'il doit rembourſer; car le réméré renfermant une réſolution entiere du contrat de vente, chacune des parties ne peut rien retenir de ce qu'elle a reçu de l'autre en vertu de ce contrat. D'ailleurs la clauſe de réméré renferme la condition d'indemniſer l'acheteur ſur qui il doit s'exercer. En vain le vendeur oppoſeroit-il que la choſe vendue n'eſt plus aux riſques du vendeur après le contrat, & encore moins après la tradition, & qu'il ne doit pas par conſéquent ſouffrir la perte ſurvenue dans cette choſe. La réponſe eſt qu'étant le maitre de ne pas exercer le réméré, s'il juge que la choſe ne vaut plus le prix pour lequel il l'a vendue, il eſt en ſon pouvoir de ne pas ſupporter la perte arrivée dans la choſe, & de la laiſſer ſupporter par l'acheteur.

402. Suppoſons au contraire que l'héritage vendu avec la clauſe de réméré, a reçu depuis le contrat quelque augmentation naturelle, *putà* par alluvion (1); le vendeur qui exerce le réméré en doit-il profiter? Fachineus, *controv. 11, 6*, & les Docteurs par lui cités, tiennent la négative. Ils ſe fondent ſur ces regles de Droit, *ubi periculum ibi & lucrum*; L. *fin.* §. 3, *Cod. de furtis. Secundùm naturam eſt commoda cujuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda*; L. 10, ff. *de re jud.* Or depuis le contrat de vente, quoique fait avec faculté de réméré, la choſe étoit aux riſques de l'acheteur: ſi elle fût périe en tout ou en partie, il en auroit ſouffert la perte: le vendeur ſe ſeroit bien donné de garde d'exercer le réméré. Puiſque l'acheteur eût ſouffert la perte, il doit donc, ſuivant ces regles d'équité, profiter de l'augmentation & retenir l'alluvion qui s'eſt faite depuis le contrat. On oppoſera que ſuivant le principe ci-deſſus établi, l'acheteur ſur qui on exerce le réméré, ne doit rien retenir de ce qui lui a été vendu: or l'accrue qui s'eſt faite à l'héritage vendu, eſt devenue par ſon union avec cet héritage une partie de cet héritage: l'acheteur ne peut donc pas la retenir, autrement il retiendroit une partie de l'héritage qui lui a été vendu. Je réponds qu'il eſt bien vrai que cette accrue fait partie de l'héritage qui lui a été vendu; mais il eſt également vrai que cette accrue qui n'a commencé d'exiſter que depuis la vente, ne lui a pas été vendue, & que l'héritage n'a pas été vendu quant à cette partie. C'eſt pourquoi l'acheteur en la ſéparant de l'héritage vendu, ou en la retenant, ne retient rien de ce qui a été vendu; & le principe qu'on nous oppoſe ne reçoit aucune atteinte. On

(1) Comme les alluvions dans les rivieres navigables appartiennent au Roi, à l'excluſion des riverains, s'ils n'ont titre, il y a rarement lieu à la queſtion.

oppoſe l'exemple de pluſieurs cas dans leſquels l'acheteur eſt obligé de rendre non-ſeulement la choſe, mais tout ce qui en eſt provenu & tout ce qui y accede. La réponſe eſt que cela a lieu lorſque les choſes ſont miſes en même état que ſi le contrat de vente n'étoit jamais intervenu; comme dans le cas de la défaillance d'une condition ſuſpenſive ſous laquelle il avoit été contracté, ou dans le cas auquel la nullité du contrat eſt prononcée ſur quelque action reſciſoire ou redhibitoire. Mais le réméré n'a pas cet effet, il ne réſout le contrat que pour l'avenir; il le laiſſe ſubſiſter pour le paſſé: il ne doit donc pas empêcher l'acheteur de retenir ce qui eſt provenu de la choſe vendue, & ce qui y accede pendant le temps que le contrat a ſubſiſté. Cette opinion de Fachineus paroît la plus véritable: elle eſt confirmée par un Arrêt du Sénat de Piémont qu'il cite: elle eſt ſuivie par Deſpeiſſes.

403. L'acheteur ſur qui on exerce le réméré, peut à plus forte raiſon retenir les augmentations qu'il a faites à ſes dépens, lorſqu'elles peuvent être ſéparées; tels que ſeroient des chambranles de cheminées, des parquets, des boiſeries, *&c.*, en remettant la choſe dans l'état qu'il l'a reçue. A l'égard des augmentations qui ne peuvent s'enlever, telles que ſont des plantations, des bâtimens, *&c.*, il doit les laiſſer, ſauf à ſe faire faire raiſon des impenſes de la maniere que nous l'expoſerons *infrà*.

404. Suivant les mêmes principes, il me paroît qu'on doit décider que l'acheteur qui, en ſa qualité de propriétaire de l'héritage qui lui a été vendu, a eu le tiers d'un tréſor trouvé dans cet héritage avant la demande en réméré, n'eſt pas obligé de le rendre au vendeur qui exerce le réméré. Il eſt vrai que ce tréſor exiſtoit & étoit renfermé dans l'héritage vendu lors de la vente de l'héritage, en quoi cette eſpece pourroit paroître différente de celle de l'alluvion; mais quoique ce tréſor exiſtât alors, c'étoit une choſe qui n'appartenoit alors à perſonne: le vendeur de l'héritage dans lequel il étoit enfermé, n'en avoit ni la propriété ni la poſſeſſion, & il ne faiſoit en aucune maniere partie de cet héritage; L. 3, §. 3, ff. *de acq. poſſ. gloſſa ad d. §. in verbo cepiſſe.* On ne peut donc pas dire que ce tréſor fît partie de ce qui a été vendu; & par conſéquent le vendeur qui n'a droit de répéter par cette action de réméré que ce qu'il a vendu, ne peut répéter la part que l'acheteur a eue de ce tréſor, *jure quodam acceſſionis; quia quamvis ille theſaurus non fuerit propriè pars fundi; tamen cùm in fundo inventus fuerit, quodammodò ex fundo profectus, & ideò ſaltem pro parte, domino fundi addici debere viſus eſt;* mais ce n'eſt que lors de la découverte, & par conſéquent depuis le contrat que ce droit eſt né, & que l'acheteur a acquis le tiers de ce tréſor; & par conſéquent il peut le retenir, ſuivant les principes ci-deſſus établis.

Il en ſeroit autrement d'une mine que l'acheteur auroit trouvée dans l'héritage: quoique cette mine fût inconnue lors du contrat de vente de l'héritage, & qu'en conſéquence elle n'en augmentât pas la valeur, néanmoins elle faiſoit dès-lors partie de cette héritage qui a été vendu: c'eſt pourquoi l'acheteur doit rendre au vendeur qui exerce le réméré, ce qu'il a retiré de cette mine, ſous la déduction des impenſes.

405. L'acheteur ſur qui on exerce le réméré, ne doit rendre les fruits que du jour des offres qui lui ſont faites par le vendeur de lui rendre le prix. C'eſt

une ſuite du principe établi, que le réméré n'opérant la réſolution du contrat de vente que pour l'avenir, tout ce qui eſt provenu de la choſe vendue juſqu'au réméré, doit appartenir à l'acheteur. D'ailleurs le vendeur ayant joui du prix, il eſt juſte que l'acheteur ait les fruits de la choſe. On peut tirer argument de ce que nos Coutumes décident dans le cas du retrait lignager. *Voyez notre Coutume d'Orléans, art.* 374 *&* 375.

406. Pluſieurs Docteurs ont penſé que lorſqu'une vente faite avec faculté de réméré étoit auſſi faite à très-vil prix, ces deux circonſtances réunies devoient faire préſumer le contrat uſuraire, & le faire conſidérer comme un prêt à intérêt déguiſé ſous la fauſſe apparence d'un contrat de vente, que le prétendu acheteur auroit fait au prétendu vendeur, & qu'en conſéquence cet acheteur devoit imputer & déduire ſur le prix qui lui doit être rendu, tous les fruits qu'il a perçus. Fachin. *controv.* 11, 12, cite plus de quarante-cinq Docteurs qui ont été de cet avis: il en cite preſque autant pour l'avis contraire. Pluſieurs veulent que d'autres circonſtances concourent; *putà* ſi le contrat n'avoit été fait qu'après que le vendeur auroit ſollicité l'acheteur de lui prêter de l'argent, ſi l'acheteur étoit coutumier d'exercer l'uſure. Covarruvias penſe avec raiſon que cela doit être laiſſé à la prudence du Juge; & je penſe qu'il ne doit pas être facile à déclarer uſuraire ce contrat, tant parce que la fraude ne doit point ſe préſumer facilement, que parce que le vendeur ne pouvant jamais être contraint à rendre le prix qu'il a reçu, puiſqu'il eſt en ſon pouvoir de ne pas exercer le réméré, cette vente n'a pas de reſſemblance avec le prêt à intérêt.

407. La regle que l'acheteur ſur qui on exerce le réméré, n'eſt pas obligé de tenir compte des fruits, reçoit exception à l'égard de ceux qui étoient pendants & prêts à recueillir lors du contrat de vente. Ces fruits ont augmenté le prix de la vente: il n'eſt pas douteux que lorſqu'on vend une maiſon de vignes la veille de la vendange, le prix de la future vendange entre en conſidération dans le marché, & augmente le prix du contrat. L'acheteur qui a profité de cette vendange, & ſur qui on exerce le réméré, doit donc paſſer en déduction ſur le prix que le vendeur doit lui rendre, le prix de ces fruits; autrement l'acheteur auroit tout-à-la-fois la choſe & le prix, ce que l'équité ne permet pas.

408. A l'égard des fruits produits depuis le contrat, & qui ſe trouvent pendants lors de l'exercice du réméré, Fachin. *controv.* 11, 14, & les Docteurs par lui cités, penſent qu'ils ſe doivent partager au prorata du temps de cette année, entre le vendeur qui exerce le réméré & l'acheteur; étant équitable que le vendeur ayant joui du prix pendant une partie du temps de cette année, l'acheteur retienne en récompenſe une partie dans les fruits de ladite année, au prorata de ce temps. Par exemple, ſi la vente & le paiement du prix ſe ſont faits le premier Novembre, & que le réméré s'exerce le premier Juillet, le vendeur ayant en ce cas joui du prix pendant les deux tiers de l'année, l'acheteur doit retenir les deux tiers des fruits qui ſe trouvent pendants lors du réméré. Cette opinion eſt équitable, elle a été ſuivie par la Coutume de Poitou.

Au contraire les Coutumes d'Auvergne, de la Marche, de Lodunois, qui

ont auſſi traité du réméré, ont rejetté ce partage; & elles adjugent au vendeur qui exerce le réméré, la totalité des fruits qui ont été recueillis depuis ſes offres ſuivies de conſignation, à la charge par lui de rembourſer les labours & ſemences.

Les Coutumes de Paris & d'Orléans n'ont pas traité du droit de réméré; mais ces Coutumes ayant, dans la matiere du retrait lignager, rejetté le partage, & donné au retrayant tous les fruits recueillis depuis les offres, à la charge du rembourſement des labours & ſemences; Paris, *art.* 134; Orléans, *art.* 374, on peut tirer de ces diſpoſitions un argument pour décider que ſuivant l'eſprit de ces Coutumes, le vendeur qui exerce le réméré, doit pareillement avoir tous les fruits recueillis depuis les offres, en rembourſant les labours & ſemences, y ayant même raiſon; ſauf à dédommager d'une autre maniere l'acquéreur, de la jouiſſance du prix qu'il a payé, comme nous le verrons *infrà.*

409. Nous avons obſervé que le vendeur à qui on rend l'héritage avec les fruits qui y ſont pendants, doit faire raiſon des labours & ſemences. Le vendeur ne peut pas s'en diſpenſer ſous le prétexte que lorſque l'acheteur eſt entré en poſſeſſion, il a pareillement trouvé les fruits pendants, comme le décide fort bien Tiraqueau, *T. du retr. conv.* §. 5, *gl.* 4, *n.* 17; car l'acheteur a payé pareillement ces labours & ſemences en achetant d'autant plus cher, eu égard aux fruits qui ſe trouvoient pendants; & il en fait raiſon au vendeur, en lui faiſant déduction du prix deſdits fruits ſur le prix du réméré.

410. Il y a une autre queſtion ſur la qualité des offres, après leſquelles les fruits qui ſont recueillis appartiennent au vendeur qui exerce le réméré. Pluſieurs Coutumes qui ont traité du droit de réméré veulent qu'elles ſoient ſuivies de conſignation, & ce n'eſt que depuis la conſignation qu'elles accordent les fruits au vendeur qui exerce le réméré. La raiſon eſt que le vendeur eſt toujours cenſé jouir du prix qui lui a été payé, tant qu'il ne s'en eſt pas déſaiſi par la conſignation, & que tant qu'il jouit du prix, il ne doit pas avoir les fruits de l'héritage; l'équité ne permettant pas qu'il jouiſſe tout-à-la-fois de la choſe & du prix.

Dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, eſt-il néceſſaire que les offres du vendeur qui exerce le réméré aient été ſuivies de conſignation? Pour la négative, on dira qu'en matiere de retrait lignager, ces Coutumes ayant accordé au retrayant tous les fruits recueillis depuis ſes offres, quoiqu'elles ne ſoient pas encore ſuivies de conſignation, il ſemble qu'on doit décider la même choſe dans le cas du réméré. On pourroit peut-être répondre qu'il n'y a pas tout-à-fait même raiſon. Dans le retrait lignager, les Coutumes ont preſcrit un certain temps court pour le rembourſement ou conſignation du prix, qui ne commence que depuis l'adjudication ou la reconnoiſſance du retrait. Cette adjudication pouvant être différée long-temps par les chicanes de l'acquéreur, il ne ſeroit pas juſte que le retrayant, qui eſt obligé de tenir toujours ſon argent prêt pour le rembourſement du prix, auſſi-tôt que le retrait ſera adjugé ou reconnu, ſoit privé des fruits pendant le temps que durera la demeure injuſte de l'acquéreur.

Au contraire, dans le réméré n'y ayant aucun temps preſcrit pour le rem-

bourſement ou la conſignation du prix, le vendeur peut dès le commencement de ſa demande, le conſigner, ſur le refus fait par l'acquéreur aſſigné de le recevoir; & lorſqu'il ne le conſigne pas, il eſt ſuſpect de ne le pas avoir prêt, & d'en jouir.

On peut ajouter pour faire valoir cette différence, & faire voir qu'on ne doit pas à cet égard tirer argument du retrait lignager au réméré, que pluſieurs Coutumes qui exigent la conſignation dans le cas du réméré, n'exigent que de ſimples offres dans le cas du retrait lignager; telle eſt celle du Lodunois, *tit.* 15, *art.* 12; *& tit.* 16, *art.* 2.

Nonobſtant ces raiſons, la commune opinion eſt que dans la Coutume de Paris, de meme que dans les autres qui ne s'en ſont pas expliquées, il doit être fait raiſon au vendeur dans le cas du réméré, de tous les fruits perçus depuis ces offres, quoiqu'elles n'aient pas été ſuivies de conſignation. L'acheteur ne doit pas profiter de ſa demeure & des mauvaiſes conteſtations qu'il a faites ſur la demande du réméré, pour ſe conſerver la jouiſſance d'un héritage qu'il étoit obligé de délaiſſer auſſi-tôt que la demande lui a été faite. Il ne peut pas ſe plaindre d'être pendant le temps qu'a duré le procès, privé tout-à-la-fois de la jouiſſance de l'héritage & du prix, puiſqu'il n'a tenu qu'à lui de recevoir le prix qui lui étoit offert, & de ne pas faire de procès: *Damnum quod quis culpâ ſuâ ſentit, non videtur ſentire.*

411. Le vendeur qui exerce le réméré eſt auſſi tenu de ſa part à certaines preſtations envers l'acheteur, ou ſes ſucceſſeurs ſur leſquels il l'exerce.

Premierement le vendeur doit reſtituer à l'acheteur le prix pour lequel l'héritage a été vendu, ou l'en tenir quitte s'il n'avoit pas encore été payé.

Quelques anciens Docteurs, dont le ſentiment eſt rapporté par Zoannetus, *tract. de empt. vend. ſub. pact. de retrov. n.* 111, avoient penſé que lorſque par la clauſe de réméré les parties ne s'en étoient pas expliquées, c'étoit le prix que la choſe valoit au temps que s'exerçoit le réméré qui devoit être payé à celui ſur qui le réméré s'exerce, plutôt que celui pour lequel la choſe avoit été vendue. Le fondement de leur opinion étoit qu'ils regardoient le réméré comme une nouvelle vente, & la clauſe de réméré comme une pure promeſſe de vendre; or, diſoient-ils, lorſque quelqu'un s'eſt engagé à vendre quelque choſe à quelqu'un dans un certain temps, ſans s'expliquer ſur le prix, il eſt cenſé s'être obligé à la vendre au prix qu'elle vaudroit, lorſque la vente s'en feroit, & non pas au prix qu'elle valoit lors de la promeſſe: cette opinion a été rejettée avec raiſon: elle portoit ſur un faux principe. Le réméré n'eſt pas proprement une nouvelle vente que l'acheteur fait au vendeur, mais une ſimple réſolution de la vente qui a été faite. La clauſe de réméré eſt une clauſe réſolutoire ſous laquelle la vente a été faite, & par laquelle il a été convenu qu'il ſeroit au pouvoir du vendeur de réſoudre le contrat; le réméré eſt *diſtractus potiùs quàm novus contractus*, & chacun en conſéquence doit reprendre de part & d'autre ce qu'il a donné. Ce principe que le réméré eſt plutôt *diſtractus quàm novus contractus*, n'eſt pas douteux dans notre Droit François. C'eſt en conſéquence de ce principe qu'il y eſt décidé qu'il n'eſt pas dû un nouveau profit de vente pour le réméré, qui néanmoins en devroit produire un nouveau, s'il renfermoit une nouvelle vente. La coutume du Poitou,

art. 370, décide formellement que c'eſt le prix du contrat qui doit être rendu, lorſque le vendeur uſe de la grace de réméré.

412. Doit-on décider la même choſe, lorſque la faculté de réméré a été accordée au vendeur par une convention poſtérieure au contrat? Quoique cette eſpece ſoit différente de la premiere, & que le réméré qui s'exerce en vertu de cette nouvelle convention ne ſoit pas un *diſtractus*, mais un nouveau contrat de vente qui donne lieu à un nouveau profit, néanmoins je penſe que le prix qui doit être rendu, eſt celui pour lequel la choſe a été vendue, & non pas le prix que la choſe valoit lors du réméré. Il eſt vrai que dans le cas d'une promeſſe de vendre, qui eſt abſolue, & qui n'a pas de relation à un contrat précédent, le prix, lorſque les parties ne ſe ſont pas expliquées par la promeſſe de vendre, doit être celui que la choſe vaut au temps que ſe fait la vente, & non celui qu'elle valoit au temps de la promeſſe. Mais dans cette eſpece, la convention qui intervient entre le vendeur & l'acheteur, par laquelle on convient que le vendeur pourra remérer l'héritage, eſt une convention qui a une relation évidente avec le contrat de vente qui eſt intervenu entre les parties; & cette rélation doit faire préſumer que l'intention des parties a été que la revente que l'acheteur s'obligeoit de faire au vendeur lorſqu'il le requerroit, ſe feroit aux mêmes conditions que la premiere vente à laquelle cette convention ſe réfere.

413. Peut-on par la clauſe de réméré, convenir que le vendeur lorſqu'il exercera le réméré, payera une certaine ſomme plus forte que celle pour laquelle l'héritage a été vendu? Cette convention n'a rien en ſoi d'illicite: la faculté de réméré n'étant pas due au vendeur par la nature du contrat de vente, on peut la lui faire acheter; & quand même la ſomme qu'il doit payer en exerçant le réméré, au-delà de celle pour laquelle l'héritage a été vendu, ſeroit une ſomme exceſſive, la convention, même en ce cas, ne lui porteroit aucun préjudice. Il ne peut pas s'en plaindre, puiſqu'il demeure le maître de ne pas payer cette ſomme en n'exerçant pas le réméré; & qu'en ne l'exerçant pas, il eſt au même état que ſi la faculté de réméré que l'acheteur, par la nature du contrat, n'étoit pas obligé de lui accorder, ne lui eût pas été accordée.

414. *Vice verſâ*, on peut convenir que le vendeur pourra rémérer pour une ſomme moindre que celle pour laquelle l'héritage a été vendu. Cette clauſe contient un bienfait & une libéralité que l'acheteur exerce envers le vendeur, & elle n'a rien d'illicite, pourvu que le vendeur ſoit une perſonne à qui les Loix ne défendent pas à l'acheteur de donner.

415. Il nous reſte à obſerver à l'égard du prix, qu'il peut être rendu en une monnoie différente de celle en laquelle il a été payé. S'il a été payé au vendeur en or, le vendeur peut le rendre en eſpeces d'argent, & *vice verſâ*. Pareillement, quoique depuis le paiement du prix qui a été fait au vendeur, les eſpeces dans leſquelles il a été payé ſoient augmentées ou diminuées; quoiqu'elles aient été décriées, & qu'au temps du réméré il y en ait de nouvelles qui ſoient de meilleur ou de plus mauvais aloi, le vendeur qui exerce le réméré, doit rendre en eſpeces qui aient cours au temps auquel il exerce le réméré, la même ſomme ou quantité qu'il a reçue en paiement,

&

& rien de plus ni de moins. La raiſon eſt, que dans la monnoie ce ne ſont pas les eſpeces que l'on conſidere, mais ſeulement la ſomme ou valeur que le Souverain a voulu qu'elles ſignifiaſſent, *ea materia formâ publicâ percuſſa uſum dominiumque non tam ex ſubſtantiâ præbet quàm ex quantitate ;* L. 1, ff. *de contr. empt.* Ce ne ſont pas tant les eſpeces que le vendeur eſt cenſé avoir reçues, lorſque le prix lui a été payé, que la ſomme ou valeur ſignifiée par ces eſpeces ; & par conſéquent il doit rendre, & il lui ſuffit de rendre la même ſomme ou valeur en des eſpeces qui aient cours, & qui ſoient les ſignes autoriſés par le Prince pour ſignifier cette valeur. Ce principe étant certain dans notre Pratique Françoiſe, il ſuffit de l'avoir expoſé : il retranche toutes les queſtions que les Docteurs font ſur les changemens de monnoie.

416. Le vendeur rend le prix ſans aucuns intérêts : l'acheteur ne tenant pas compte des fruits qu'il a perçus, *ſuprà*, *n.* 405, il n'eſt pas juſte que le vendeur tienne compte des intérêts ; ils ſe compenſent avec les fruits.

417. *Quid*, ſi l'acheteur offroit de compter des fruits ? Il ne ſeroit pas même en ce cas reçu à demander les intérêts ; Arrêt du 10 Août 1626, cité par Lepreſtre. Car le réméré n'opérant la réſolution du contrat que pour l'avenir, de même que l'acheteur a eu droit juſques-là de jouir de l'héritage, le vendeur a eu le droit de jouir du prix, & l'on ne peut par conſéquent lui en demander les intérêts. Si les fruits avoient été abondans, & euſſent ſurpaſſé les intérêts du prix, l'acheteur auroit eu ce prix ; donc il doit ſouffrir la perte s'ils ſont moindres.

418. Lorſque l'acheteur n'a pas perçu les fruits de l'année dans laquelle s'eſt exercé le réméré, parce qu'ils ſe ſont trouvés pendans par les racines, le vendeur qui a eu ces fruits doit faire raiſon des intérêts du prix pour cette année ; autrement il auroit tout-à-la-fois la jouiſſance de la choſe & celle du prix, ce que l'équité ne permet pas. C'eſt l'avis du nouveau Commentateur de la Coutume de la Rochelle.

419. Lorſque par le contrat de vente il a été impoſé à l'acheteur outre le prix, quelque charge que l'acheteur a acquittée, le vendeur qui exerce le réméré doit rendre à l'acheteur, outre le prix, la ſomme à laquelle ſera eſtimée cette charge. Par exemple, ſi je vous ai vendu ſous faculté de réméré une choſe pour une certaine ſomme, & à la charge que vous me copieriez un certain manuſcrit, je ſerai obligé, lorſque j'exercerai le réméré, de vous rendre, outre le prix porté par le contrat, la ſomme à laquelle on eſtimera le prix de la copie que vous m'avez faite ; car cette charge qui vous a été impoſée par le contrat, & que vous avez acquittée, fait partie du prix.

428. Le vendeur qui exerce le réméré doit auſſi rembourſer à l'acheteur tout ce que ce dernier a payé par forme de pot-de-vin ou d'épingles à la femme, aux enfans, ou aux domeſtiques du vendeur, lorſque ces pots-de-vin ou épingles ont été ſtipulés par le contrat ; car cela fait partie du prix.

421. Le vendeur qui exerce le réméré doit auſſi rembourſer à l'acheteur tous les loyaux-coûts de ſon acquiſition, tels que ſont les frais du contrat de vente, les centiemes deniers, les profits ſeigneuriaux, & généralement tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour acquérir ; car la faculté de rémérer n'étant pas due au vendeur par la nature du contrat, & étant pour cela appel-

lée par pluſieurs Coutumes, *grace de réméré ;* l'acheteur qui accorde cette faculté au vendeur pour lui faire plaiſir, eſt cenſé ne l'accorder qu'à la charge qu'il ſera rendu indemne.

422. On va même juſqu'à ſoutenir qu'il doit être rembourſé des choſes dues pour ſon acquiſition, *putà*, au Seigneur pour lods & ventes, quoiqu'on lui en ait fait remiſe, ou qu'il en fût exempt à cauſe de quelque privilege ; parce que c'eſt lui qui doit profiter du don qu'on a voulu lui faire, auſſi-bien que de ſon privilege, plutôt que le vendeur qui exerce le réméré ſur lui.

423. Enfin le vendeur qui exerce le réméré doit rembourſer à l'acheteur les impenſes néceſſaires, autres que celles de ſimple entretien ; car celles-ci ſont des charges de la jouiſſance, qui doivent être portées par l'acheteur qui a eu cette jouiſſance.

424. A l'égard des impenſes utiles & non néceſſaires, quelques Coutumes qui ont traité du droit de réméré, ont fait à cet égard une diſtinction entre le cas auquel le réméré n'eſt accordé que pour un an, & le cas auquel il eſt accordé pour pluſieurs années. Elles refuſent au premier cas le rembourſement de ces impenſes, de même que dans le cas du retrait lignager : elles l'accordent dans le ſecond cas ; Angoumois, 79 ; Poitou, 371. Cette diſtinction eſt très-équitable & me paroît devoir être ſuivie dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Un acheteur ne ſouffre pas un grand préjudice d'être empêché de méliorer l'héritage pendant le court eſpace d'un an ; mais il ſouffriroit un trop grand préjudice, & ce ſeroit même une choſe contraire à l'intérêt public, s'il en étoit empêché pendant un long-temps. Il eſt donc équitable en ce cas que le vendeur lui rembourſe le coût des impenſes, qui, quoique non néceſſaires, étoient au moins utiles, & ont rendu l'héritage plus précieux ; mais il ne les doit rembourſer que juſqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux : il ſuffit même quelquefois, lorſqu'elles ſont trop conſidérables, que le vendeur permette à l'acheteur de les enlever, ſi cela peut ſe faire. A l'égard de celles qui ſont purement voluptuaires, l'acheteur n'en peut exiger le rembourſement ; mais il a ſeulement la faculté de les enlever, lorſque cela ſe peut faire.

425. Lorſque le réméré s'exerce contre un tiers détenteur, le vendeur eſt tenu envers ce tiers aux mêmes preſtations auxquelles il ſeroit tenu, ſi le réméré s'exerçoit contre l'acheteur. C'eſt pourquoi ſi je vous ai vendu mon héritage avec faculté de réméré, & que vous l'ayez revendu à un tiers pour un prix plus cher, je ne ſerai obligé de rembourſer à ce tiers que le prix pour lequel je vous l'ai vendu ; car vous n'avez pu par votre fait, en revendant l'héritage, rendre plus onéreuſe la condition de mon droit de réméré ; *nemo ex alterius facto prægravari debet.*

Vice verſâ, ſi ce tiers a acheté l'héritage pour un prix moindre que celui pour lequel je vous l'ai vendu, je ne laiſſerai pas d'être tenu de lui rendre le prix entier pour lequel je vous l'ai vendu ; car vous êtes cenſé en lui vendant l'héritage, lui avoir vendu tous les droits que vous aviez par rapport à cet héritage, qui peuvent tendre à en retenir la poſſeſſion, & par conſéquent celui de répéter de moi ce prix entier, en cas de réméré.

426. Lorſque l'acheteur, ſur l'action de réméré, a été condamné à délaiſſer

l'héritage au vendeur, le vendeur ne peut le contraindre à ce délais, qu'il ne l'ait préalablement rembourſé du prix & des loyaux-coûts qui ſont liquides. Lorſque l'acheteur refuſe de recevoir, il faut que le vendeur lui faſſe des offres par une ſommation, & obtienne jugement qui les déclare valables, & qui permette de conſigner. Ce n'eſt qu'après ce jugement & la conſignation faite en conſéquence, & duement ſignifiés, que le vendeur peut contraindre l'acheteur à lui faire le délais de l'héritage.

A l'égard des loyaux-coûts & impenſes qui ne ſont pas liquides, le vendeur n'eſt pas obligé d'attendre que la liquidation en ſoit faite, pour ſe faire délaiſſer l'héritage.

427. Il n'y a aucun terme fatal dans lequel le vendeur ſoit tenu de ſatisfaire aux proteſtations dont il eſt tenu : il eſt toujours à temps juſqu'à ce que par jugement il ait été déclaré déchu faute d'y avoir ſatisfait ; il doit ſeulement les dépens des pourſuites faites contre lui par l'acheteur.

428. C'eſt une queſtion, ſi l'acheteur qui a acquieſcé à la demande en réméré, ou qui, ſur cette demande, a été condamné à délaiſſer l'héritage, peut contraindre le vendeur à exercer le réméré ? Nous traiterons cette queſtion en notre Traité du Retrait, qui ſert d'appendice à celui-ci ; nous y renvoyons.

§. VI.

De l'effet du réméré.

429. L'effet du réméré, lorſque la clauſe du réméré eſt portée par le contrat de vente, eſt d'opérer pour l'avenir la réſolution du contrat de vente, le vendeur, qui, en exécution de cette clauſe, rentre dans l'héritage qu'il avoit vendu, ne l'acquiert pas proprement de nouveau ; le réméré eſt plutôt une réſolution & une ceſſation de l'aliénation qu'il en avoit faite, qu'une nouvelle acquiſition.

430. De ce principe dérivent pluſieurs corollaires, 1°. qu'il n'eſt pas dû un nouveau profit pour le réméré, puiſqu'il ne renferme pas une nouvelle vente : mais une ceſſation de la premiere : 2°. que le vendeur qui eſt rentré dans l'héritage en vertu de cette faculté de réméré, en redevient propriétaire au même titre auquel il étoit avant qu'il l'eût vendu ; d'où il ſuit, 3°. que cet héritage, dont il redevient propriétaire, reprend les mêmes qualités qu'il avoit lorſqu'il l'a vendu : s'il étoit propre d'une certaine ligne, il reprend la même qualité de propre de cette ligne : 4°. ſi le vendeur étoit en foi pour l'héritage lorſqu'il l'a vendu, quand il en redevient propriétaire par le réméré, il n'eſt pas obligé d'en porter la foi de nouveau au Seigneur à qui il l'a portée ; car redevenant propriétaire au même titre, la foi en laquelle il a été reçu comme propriétaire à ce titre, doit revivre ; *Voyez l'Introduction au tit. 1. de la Coutume d'Orléans, n. 15 : 5°.* Le vendeur qui exerce le réméré, reprend l'héritage ſans la charge des hypotheques & autres droits réels que l'acheteur avoit impoſés ; car il ne tient pas cet héritage de lui ; il ne l'acquiert pas de lui : il en redevient propriétaire par la réſolution de la vente qu'il en avoit faite, & par la réſolution de l'extinction du droit de l'acheteur ; d'ou il ſuit que toutes les

charges impoſées par l'acheteur, doivent pareillement ſe réſoudre ſuivant la regle, *ſoluto jure dantis ſolvitur jus accipientis ;* l'acheteur qui n'avoit qu'un droit réſoluble, n'a pu donner à d'autres plus de droit qu'il n'en avoit lui-même.

431. Il faut décider tout le contraire de ce que nous venons de décider, lorſque la faculté de réméré n'a été accordée que par une convention poſtérieure au contrat de vente & *ex intervallo.*

Le réméré eſt en ce cas une vraie revente que l'acheteur fait au vendeur en exécution d'une nouvelle convention qui ne fait pas partie du premier contrat de vente ; le vendeur acquiert de nouveau l'héritage, il le tient de l'acheteur qui le lui rend en vertu de cette nouvelle convention ; c'eſt pourquoi il eſt dû un nouveau profit de vente : le vendeur, comme propriétaire de cet héritage en vertu d'un nouveau titre, eſt obligé d'en porter la foi de nouveau ; l'héritage lui eſt acquêt, quand même il auroit été propre lorſqu'il l'a vendu ; & il l'acquiert avec la charge des hypotheques & autres droits réels qui ont été impoſés par l'acheteur, de qui il eſt cenſé l'acquérir.

432. Domat, *lib. 1, tit. 2, S. 12, n. 8*, convient que lorſque la faculté de rachat n'a été accordée que depuis le contrat, le vendeur qui l'exerce eſt tenu des hypotheques impoſées par l'acheteur depuis le contrat ; mais il ajoute qu'il n'eſt tenu que de celles impoſées avant l'acte qui a accordé la faculté de rachat. Cette déciſion de Domat doit être reſtreinte au cas auquel l'acte par lequel cette faculté auroit été accordée, ſeroit un acte paſſé devant Notaires ou reconnu en Juſtice, qui donne au vendeur une hypotheque ſur l'héritage pour l'exécution de l'obligation que contracte envers lui l'acheteur par cet acte : ſans cela, quand même l'acte auroit une date conſtatée, ſoit par le contrôle, ſoit par le décès de quelqu'une des parties qui l'auroient ſouſcrit, le vendeur ſeroit tenu des hypotheques impoſées, quoique depuis l'acte ; car le vendeur n'acquérant par cet acte contre l'acheteur, qu'une créance perſonnelle pour ſe faire rendre l'héritage, cet acheteur qui demeure toujours le propriétaire de l'héritage, juſqu'à ce que le vendeur exerce la faculté de réméré qu'il lui a accordée, conſerve toujours en cette qualité de propriétaire, la faculté de l'aliéner & de l'hypothéquer. Cet acte ne peut pas donner plus de droit au vendeur que ne lui en donneroit un acte par lequel l'acheteur lui auroit préciſément revendu l'héritage : or un tel acte n'empêcheroit pas l'acheteur de pouvoir, juſqu'à la tradition, l'aliéner & l'hypothéquer à d'autres, comme nous avons vu *ſuprà*, *n.* 318, 319.

§. VII.

Comment s'éteint le droit de réméré.

433. La convention qui accorde au vendeur la faculté de réméré, ou contient un temps limité dans lequel il doit l'exercer, ou elle n'en contient aucun.

Lorſqu'elle n'en contient aucun, le droit de réméré s'éteint par la preſcription ordinaire de trente ans, par laquelle s'éteignent tous les autres droits, lorſque

celui à qui ils appartiennent n'en a pas uſé dans ledit temps; & la minorité de ceux à qui le droit appartient, empêche le temps de cette preſcription de courir; Voyez ſur cette preſcription notre Introduction au *Tit.* 14 *de la Cout. d'Orléans*, *Section* 2.

434. Lorſque par la convention il y a un temps limité dans lequel le réméré doit être exercé, le vendeur ou ceux qui ont ſuccédé à ce droit doivent exercer ce droit dans le temps convenu, & leur minorité n'empêche pas ce temps de courir contre eux: car l'acheteur ayant limité un temps pendant lequel il a conſenti de ſouffrir le réméré, la minorité de ceux à qui ce droit appartient, ne doit pas changer la condition de la convention, & l'obliger à plus qu'il n'a voulu être obligé, ni par conſéquent l'obliger à ſouffrir le réméré pendant un temps plus long que celui pendant lequel il a conſenti de le ſouffrir; *Arrêt de* 1575, *rapporté par* Deſpeiſſes.

435. De-là il ſuit que la convention de réméré, qui ne porte aucun temps limité, & celle qui porteroit que le vendeur auroit la faculté de réméré pendant le temps de trente ans, ſont différentes l'une de l'autre. Il eſt vrai que dans l'une & l'autre eſpece, le droit de réméré ſe preſcrit par le temps de trente ans; mais dans la premiere eſpece qui ne limite aucun temps, ce temps de trente ans étant le temps d'une preſcription purement légale, ne court pas contre les mineurs auxquels le droit de réméré appartiendroit; au-lieu que dans la ſeconde eſpece, le temps de trente ans étant porté par la convention, la preſcription qui réſulte du laps de ce temps, eſt une preſcription conventionnelle qui court contre les mineurs.

436. La Juriſprudence a établi une ſeconde différence entre la preſcription légale & la preſcription conventionnelle: le droit de réméré eſt éteint de plein droit par l'expiration du temps de la preſcription légale, lorſqu'elle n'a pas été interrompue; au-lieu que la Juriſprudence a établi que le droit de réméré n'étoit pas éteint par l'expiration du temps de la preſcription conventionnelle, & qu'il falloit pour l'éteindre, qu'après l'expiration de ce temps, l'acheteur, ſujet au réméré, obtînt contre le vendeur ou ſes ſucceſſeurs, à qui le droit de réméré appartient, une Sentence qui les en déclare déchus.

Cette Juriſprudence a commencé à s'introduire par un Arrêt rendu *conſultis claſſibus* en la cinquieme Chambre des Enquêtes, au mois de Mars 1650, qui eſt rapporté par Lepreſtre, parmi les Arrêtés de cette Chambre, & par Brodeau ſur Loüet, *l.* 5, *chap.* 12. Il a été ſuivi de quelqu'autres Arrêts; & tous ceux qui ont écrit depuis ont regardé cette Juriſprudence comme conſtante: elle eſt fondée ſur ce que ces ventes ſont le plus ſouvent faites dans des circonſtances dans leſquelles l'acheteur profite de la néceſſité où eſt le vendeur de vendre, pour acheter la choſe à vil prix, ce qui rend la cauſe du vendeur favorable, & celle de l'acheteur défavorable. Suivant cette Juriſprudence, quoique le terme dans lequel le réméré dut s'exercer ſoit fixé & déterminé par le contrat; néanmoins, tant que l'acheteur n'a pas obtenu un jugement de déchéance, le vendeur conſerve toujours le droit d'exercer le réméré, juſqu'à ce qu'il en ſoit déchu par la preſcription légale de trente ans.

437. Quoique le Pretre, qui rapporte l'Arrêt de 1650, diſe que ſuivant cet Arrêt, le vendeur contre qui on n'a pas obtenu de jugement de déchéance

après l'expiration du terme limité par le contrat, n'en peut être déchu que par la preſcription de trente ans, à compter depuis l'expiration du terme. Néanmoins il me paroît que cette preſcription doit courir du jour du contrat de vente, où cette faculté eſt ſtipulée, & non pas ſeulement du jour de l'expiration du terme; car la preſcription légale contre quelque droit que ce ſoit, court du jour qu'il eſt ouvert & qu'il a pu être exercé: or le droit de réméré que s'eſt retenu le vendeur, a été ouvert dès le temps du contrat, & le vendeur, dès ce temps, ne pouvoit être empêché de l'exercer: c'eſt donc du jour du contrat que la preſcription doit courir. Lorſque la faculté de réméré accordée par le contrat eſt illimitée, il n'eſt pas douteux que la preſcription contre le réméré court du jour du contrat. Pourquoi celui qui n'a qu'un droit de réméré borné à un certain temps, ſeroit-il à cet égard de meilleure condition que celui qui s'eſt retenu un droit de réméré perpétuel & illimité?

438. La preſcription de trente ans qui éteint le droit de réméré du vendeur contre qui on n'a pas obtenu un jugement de déchéance, étant la preſcription légale & ordinaire que la Loi accorde contre les actions, elle ne doit pas courir contre les mineurs; car la Loi ne l'accorde que *contre âgés & non privilégiés.* M. Vaſlin qui nous a donné un fort bon Commentaire ſur la Coutume de la Rochelle, eſt d'avis contraire: il dit que la preſcription de trente ans n'eſt en ce cas qu'une prorogation de la preſcription conventionnelle accordée par la Juriſprudence au vendeur, contre qui on n'a pas obtenu un jugement, laquelle doit être de même nature que la preſcription conventionnelle, & doit par conſéquent courir contre les mineurs, de même que la preſcription conventionnelle court contre eux. Mais ſur quoi eſt fondé ce prétendu principe? Une Juriſprudence peut bien exiger l'obſervation de quelque formalité, pour donner effet à une convention; mais elle ne peut changer le temps porté par la convention, & le prolonger: elle ne peut pas feindre que les parties ſoient convenues d'un autre temps que celui qui eſt exprimé par la convention. Il eſt bien plus naturel de dire que les droits & actions qui ſont ſujets à une preſcription conventionnelle, n'en ſont pas moins ſujets à la preſcription légale de trente ans, qui embraſſe généralement toutes les actions perſonnelles ſans en excepter aucune; qu'en conſéquence la Juriſprudence ayant établi que faute par l'acheteur d'avoir obtenu un jugement de déchéance, la preſcription conventionnelle n'a point d'effet; ce droit de réméré qui n'a point été éteint par la preſcription conventionnelle, ne peut plus l'être que par la preſcription légale & ordinaire de trente ans.

439. Le même Auteur a une autre opinion qui ne me paroît pas mieux fondée que la premiere. Il prétend que cette Juriſprudence ne doit avoir lieu que contre le vendeur lui-même, lorſqu'il exerce lui-même pour ſon compte le droit de réméré, & qu'elle n'a pas lieu contre un tiers ceſſionnaire du droit de réméré, lequel, ſelon ſon opinion, doit être déclaré non-recevable dans l'action de réméré, qui lui a été cédée auſſi-tôt après l'expiration du temps accordé par la convention, quoique l'acheteur n'ait pas obtenu un jugement de déchéance. Sa raiſon eſt que cette Juriſprudence ayant été établie contre la rigueur des principes, pour ſubvenir au vendeur qu'on préſumoit facilement avoir été obligé par la néceſſité de ſes affaires, de vendre à vil prix, & par

conſéquent par une raiſon perſonnelle au vendeur, elle ne devroit avoir lieu qu'en faveur & au profit du vendeur lui-même, & non au profit de ſon ceſſionnaire. Je ne crois pas cette raiſon ſuffiſante pour embraſſer cette opinion de Vaſlin, qui d'ailleurs n'eſt pas autoriſée. Quoique ce ſoit par une raiſon de faveur pour le vendeur que cette Juriſprudence a été établie, néanmoins il ſuffit qu'elle ait été établie, pour que le ceſſionnaire du vendeur en doive profiter : il ſuffit qu'il ait été établi que l'expiration du temps de la convention n'étoit pas ſeule ſuffiſante ſans un jugement de déchéance, pour éteindre l'action de réméré, pour qu'elle ne puiſſe ſeule l'éteindre, même depuis que l'action de réméré a été cédée à un tiers ; car cette action, quoique cédée, réſide toujours dans la perſonne du vendeur, dont le tiers qui eſt ſon ceſſionnaire, n'eſt que le *procurator in rem ſuam*, & qui doit par conſéquent jouir de la faveur que mérite la cauſe de celui dont il exerce les droits. Le vendeur a même un grand intérêt que ſon ceſſionnaire jouiſſe comme lui du droit de pouvoir exercer le réméré après l'expiration du temps, tant qu'il n'y a pas de jugement de déchéance ; car autrement il s'enſuivroit que le vendeur qui ſouvent n'a pas le moyen d'exercer par lui-même le réméré, ne pourroit plus après l'expiration du temps céder ſon droit à un tiers. Vaſlin s'eſt trouvé forcé de convenir que le vendeur qu'on n'a pas fait décheoir, peut même après l'expiration du temps céder ſon droit, & que le ceſſionnaire peut en ce cas l'exercer, quoiqu'après l'expiration du temps ; mais il prétend qu'il eſt non-recevable lorſque la ceſſion lui a été faite avant l'expiration du temps : ces diſtinctions qui ne ſont appuyées d'aucune autorité, ne me paroiſſent pas devoir être admiſes.

440. Suivant un Arrêt du 27 Mars 1669, rapporté par Sœfve, *cent.* 4, *ch.* 36, cette Juriſprudence a reçu une exception dans l'eſpece d'un droit de réméré, qui après l'expiration du temps porté par le contrat de vente, avoit été prorogé par une nouvelle convention pour un certain temps, avec une clauſe expreſſe que le vendeur ſeroit déchu après l'expiration du temps de la prorogation, ſans qu'il fut beſoin d'obtenir contre lui un jugement de déchéance : le vendeur ayant donné ſa demande après le temps de la prorogation expiré, fut déclaré par cet Arrêt non-recevable.

441. Cette Juriſprudence qui exige un jugement de déchéance, n'a pas été ſuivie dans le Poitou, en conſéquence de l'article 367 de cette Coutume, qui dit en termes formels que ce retrait doit être exercé dans le temps de la grace ; & M. Vaſlin, en ſon Commentaire ſur la Coutume de la Rochelle, rapporte un Arrêt du 18 Août 1747, qui a confirmé à cet égard l'uſage de cette Province.

442. Le droit de réméré s'éteint auſſi de toutes les différentes manieres dont toutes les créances s'éteignent ; par la remiſe, la novation, la confuſion, la perte de la choſe arrivée ſans le fait ni la faute, & avant la demeure du débiteur.

443. Le vendeur eſt cenſé avoir fait remiſe de ſon droit, lorſqu'il a donné ſon conſentement au contrat de vente que l'acheteur a fait à un tiers, de l'héritage ſujet au réméré, par lequel contrat l'héritage n'étoit pas déclaré y être ſujet ; *Deſpeiſſes.*

444. C'eſt auſſi une renonciation tacite au droit de réméré, lorſque le

vendeur, après avoir donné la demande pour l'exercer, & avoir consigné le prix, a retiré sa consignation; *Despeisses.*

SECTION IV.

De la clause de résolution du Contrat de vente, si le vendeur trouve dans un certain temps une condition plus avantageuse.

445. C'étoit une clause usitée autrefois chez les Romains dans les contrats de vente, de stipuler que le contrat de vente ne tiendroit pas, si le vendeur par la suite & dans l'espace d'un certain temps limité par le contrat, trouvoit un autre acheteur qui lui fît une condition plus avantageuse.

On appelloit la vente faite avec cette clause, *addictio in diem.*

Paul la décrit en la Loi 1, ff. *de in diem add. Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.*

Cette condition, suivant la différente intention qu'avoient les parties contractantes, ou étoit une véritable condition, qui suspendoit le contrat jusqu'à son accomplissement, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'il fût constant par l'expiration du temps, que le vendeur n'auroit pas trouvé une condition plus avantageuse; ou elle formoit seulement une cause résolutoire qui n'arrêtoit pas la perfection de la vente, mais donnoit seulement au vendeur, lors de l'accomplissement de la condition, le droit de demander la résolution du contrat; L. 2, ff. *d. tit.*

C'est de cette clause résolutoire, & de l'action qui en naît, que nous traiterons dans cette Section. Nous verrons, 1°. quand il y a lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause: 2°. Nous traiterons de l'action qui en naît.

§. I.

Quand y a-t-il lieu à la résolution du Contrat en vertu de cette clause.

446. Pour qu'il y ait lieu à la résolution du contrat en vertu de cette clause, & à l'action qui en naît, il faut qu'il se soit trouvé un second acheteur qui ait véritablement acheté à une condition plus avantageuse au vendeur, & que cet acheteur ne soit pas un acheteur supposé. Au reste, pourvu que ce ne soit pas un acheteur supposé, il y a ouverture à l'action, quand même le premier acheteur opposeroit que ce second acheteur n'est pas solvable: il suffit que le vendeur le trouve bon & solvable; L. 14, §. 2, ff. *de in diem add.*

Si l'insolvabilité de ce second acheteur prétendu étoit tellement notoire qu'elle ne pût être révoquée en doute, comme si c'étoit un mendiant; il y auroit présomption en ce cas que c'est un acheteur supposé, & il n'y auroit pas ouverture à cette action.

447. Il faut que la condition du second marché soit plus avantageuse; & elle est réputée telle, non-seulement lorsque la seconde vente est faite à un prix plus fort

fort que la premiere; mais auſſi lorſqu'étant faite pour un prix égal à celui de la premiere, les conditions de cette ſeconde vente renferment quelque avantage que ce ſoit pour le vendeur, qui ne ſe trouvoit pas dans les conditions de la premiere vente : il y a plus, quand même la ſeconde vente ſeroit faite à un prix moindre que celui de la premiere; ſi cet avantage que renferment les conditions de la ſeconde vente, eſt d'une plus grande valeur que n'eſt la ſomme dont le prix de la premiere vente excede celui de la ſeconde, la ſeconde vente doit être réputée plus avantageuſe, & en conſéquence elle doit donner ouverture à la clauſe réſolutoire de la premiere. C'eſt ce qui réſulre de la Loi 4, §. *fin.* ff. *de in diem add. Et ſi nihil pretio addatur, ſolutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior, melior conditio afferri videtur..... Proinde ſi quis accedat ejuſdem pretii emptor, ſed qui levioribus emat conditionibus, vel qui ſatis-dationem nullam exigat, melior conditio allata videbitur; ergo idem erit probandum, & ſi viliore pretio emere paratus ſit, ea tamen remittat quæ venditori gravia erant in priore venditione.*

Par exemple, ſi j'ai vendu un héritage pour la ſomme de dix mille deux cens livres, avec la clauſe que l'acheteur auroit terme d'un an pour le faire décréter ſur lui, pendant lequel temps il retiendroit le prix ſans intérêts, comme auſſi avec la clauſe que la vente n'auroit pas lieu, ſi je trouvois dans le mois une condition plus avantageuſe; je ſerai cenſé l'avoir trouvée, ſi dans ledit temps je trouve un autre acheteur qui achete cet héritage pour le prix d'une ſomme de dix mille livres ſeulement, mais payable comptant & ſans décret; car l'avantage que j'ai de recevoir le prix comptant, ſans attendre le décret, vaut plus que la ſomme de deux cens livres dont le prix de la premiere vente excédoit celui de la ſeconde.

448. *Vice versâ*, quoique la ſeconde vente ait été faite pour un prix plus grand que celui de la premiere, elle ne ſera pas cenſée plus avantageuſe, & ne donnera pas ouverture à la clauſe réſolutoire, ſi ce qu'il y a de plus dans le prix de la ſeconde vente, eſt contre-balancé par la dureté des conditions de cette ſeconde vente, qui ne ſe trouvent pas dans la premiere; *d.* L. 15, §. 1, ff. *d. tit.* On peut rapporter pour exemple le cas inverſe de celui propoſé ci-deſſus. *Finge*, la premiere vente a été faite pour le prix de dix mille livres ſeulement, payable comptant & ſans décret; la ſeconde, quoique faite pour le prix de dix mille deux cens livres, ne ſera pas réputée plus avantageuſe, ſi elle eſt faite à la condition que l'acheteur retiendra le prix ſans intérêt pendant un an, pendant lequel il pourra faire un décret.

449. Pour qu'il y ait lieu à la réſolution du contrat en vertu de cette clauſe, il ne ſuffit pas qu'il ſe ſoit préſenté un ſecond acheteur, qui ait offert au vendeur des conditions plus avantageuſes que celles du premier marché : il faut que le vendeur les ait acceptées; car cette clauſe eſt préſumée n'avoir été appoſée qu'en faveur du vendeur; & comme il eſt permis à chacun de ne pas uſer de ce qui eſt établi en ſa faveur, quelque avantageuſes que ſoient les conditions, offertes au vendeur, il lui eſt permis de ne pas les accepter, & de s'en tenir à la vente qu'il a faite; l'acheteur ne peut être recevable à demander la réſolution du contrat, en vertu de cette clauſe qui n'a pas été appoſée en ſa faveur, mais ſeulement en faveur du vendeur. C'eſt la diſpoſition de la Loi 9, ff. *d. tit. Sa-*

binus ſcribit licere venditori, meliorem conditionem oblatam abjicere ſequique primam; & ita utimur.

Ces principes ont lieu, à moins que les parties contractantes ne ſe ſoient formellement expliquées au contraire : *Si hoc erat nominatim actum ut liceret reſilire emptori meliore conditione allatâ; dicendum erit diſſolutam priorem emptionem, etiamſi venditor ſequentem non admittat*; d. L. 9.

450. L'acceptation que le vendeur doit faire des conditions plus avantageuſes qui lui ont été offertes, étant une condition requiſe pour la réſolution du contrat en vertu de cette clauſe, & l'accompliſſement des conditions étant indiviſible, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations, *n.* 215, il ſuit de-là que lorſque pluſieurs ont vendu une choſe par un même contrat, & pour un même prix avec cette clauſe, ſi un ſeul des vendeurs rejette les conditions plus avantages qui ont été offertes par un ſecond acheteur qui s'eſt préſenté; quelque avantageuſes qu'elles ſoient, & quoiqu'elles aient été acceptées par les autres vendeurs, il n'y aura pas lieu à la réſolution du contrat, en vertu de cette clauſe qui demeurera en ce cas ſans effet, & le premier marché tiendra: *Si tribus vendentibus duo poſteriori addixerunt, unus non admiſerit adjectionem . . . . . ſi uno pretio vendiderint dicendum eſt totam priori emptam manere*; L. 11, §. *fin.*; L. 13, ff. *dict. tit.*

451. Si les vendeurs avoient vendu chacun leur part pour des prix ſéparés avec cette clauſe; y ayant en ce cas différens marchés, ceux des vendeurs qui auroient accepté les conditions plus avantageuſes, offertes par le ſecond acheteur, pourroient demander, chacun pour leur part, la réſolution du contrat; & le premier contrat de vente tiendroit ſeulement pour la part de celui d'entre les vendeurs qui auroit rejetté ces conditions; *d.* L. 11, §. *fin.*; L. 12.

Obſervez néanmoins que s'il paroiſſoit par les circonſtances que ce premier acheteur n'a voulu acheter la choſe qu'autant qu'il l'auroit entiere, cet acheteur ayant ſouffert la réſolution du contrat pour les parts de ceux des vendeurs qui ont accepté le marché propoſé par le ſecond acheteur, pourroit obliger celui des vendeurs qui n'a pas voulu l'accepter, à reprendre la part qu'il lui a vendue; *d.* L. 13, *in fin. Vide notam ad h.* L. *in Pand. Juſtin.*; d. tit. n. 13, *not. d.*

452. Enfin, pour qu'il y ait lieu à la réſolution du contrat en vertu de cette clauſe, il faut que les conditions plus avantageuſes qui ont été offertes par un ſecond acheteur qui s'eſt préſenté, aient été notifiées au premier acheteur; qu'on lui ait offert la préférence pour retenir la choſe à ces conditions, & qu'il ait été refuſant de l'acheter: *Licet venditori meliore allatâ conditione, addicere poſteriori, niſi prior paratus ſit,* PLUS *adjicere*; L. 9, ff. *d. tit.*; c'eſt-à-dire, *plus quàm ipſe priori contractu promiſit, & tantumdem quantum poſterior emptor adjecit*; comme il paroît par ce qu'ajoute Paul en la loi ſuivante; *neceſſe autem habebit venditor, meliori conditione allatâ priorem, emptorem certiorem facere, ut ſi quid alius adjecit, ipſe quoque adjicere poſſit*; L. 8, ff. *d. tit.* Cujas *ad h.* L. *lib.* 33; Paul, *ad ed.*

§. II.

De l'action qui naît de cette clauſe.

453. L'action qui naît de cette clauſe eſt une branche de l'action *ex vendito*, par laquelle le vendeur conclut contre l'acheteur à la réſolution du contrat, & en conſéquence au délais & reſtitution de la choſe vendue, ſi mieux n'aime l'acheteur ſe ſoumettre aux nouvelles conditions qui ont été offertes au vendeur.

454. La clauſe d'où naît cette action, faiſant partie du contrat, & étant une condition de l'aliénation, cet héritage eſt affecté à l'exécution de cette clauſe; d'où il ſuit que l'action qui naît de cette clauſe, eſt une action perſonnelle réelle; & qu'en conſéquence le vendeur peut, en dirigeant ſon action contre l'acheteur pour faire prononcer la réſolution du contrat, la diriger en même-temps contre un tiers détenteur, pour le faire condamner, en conſéquence de la réſolution du contrat, à délaiſſer l'héritage.

Je penſe qu'il doit avoir l'option qu'auroit eu l'acheteur, de retenir l'héritage en ſe ſoumettant aux nouvelles conditions offertes au vendeur; car ce tiers détenteur étant aux droits de l'acheteur, doit jouir des mêmes droits que lui.

455. Il n'eſt pas douteux que cette action eſt tranſmiſſible aux héritiers du vendeur, & ceſſible, quoiqu'elle réſide en la perſonne du vendeur.

Le ſecond acheteur, comme exerçant à cet égard les droits du vendeur, doit être reçu à cette action comme le premier acheteur, pour éviter le circuit d'actions.

456. Tout ce que nous avons dit en la Section précédente à l'égard de l'action de réméré ſur les preſtations reſpectives dont eſt tenu l'acheteur envers le vendeur, & le vendeur envers l'acheteur, peut recevoir application à l'égard de cette action.

Observation.

457. Les contrats de vente avec cette clauſe, tels qu'ils étoient uſités chez les Romains, ſont peu uſités parmi nous. Il eſt vrai que dans nos ventes judiciaires, les remiſes & les adjudications ſauf quinzaine, ont beaucoup de reſſemblance avec cette eſpece de vente; elles en ſont néanmoins différentes. Nous en obſerverons les différences *infrà*, *Part. 6*, dans la Section où nous traiterons des ventes judiciaires.

Section V.

De la réſolution du Contrat de vente, en vertu du Pact commiſſoire.

458. Le Pact commiſſoire eſt une clauſe ou convention qui s'inſere quelquefois dans les contrats de vente, par laquelle les parties conviennent que ſi l'acheteur ne paie pas le prix dans un certain temps limité, le contrat ſera réſolu.

§. I.

Différence du Droit Romain & de notre Droit ſur le Pact commiſſoire.

459. Notre Juriſprudence eſt à cet égard différente du Droit Romain. Par le Droit Romain, le pact commiſſoire étoit cenſé avoir opéré, de plein droit, la réſolution du contrat de vente, lorſque l'acheteur n'avoit pas payé dans le temps porté par la convention ; de maniere que l'acheteur ne pouvoit pas, par des offres de paiement faites depuis l'expiration de ce temps, empêcher la réſolution du contrat.

Obſervez néanmoins qu'il faut pour cela, 1°. que le vendeur n'ait pas apporté quelque empêchement au paiement ; L. 8, ff. *de lege comm.* ; L. 10, §. 1, *reſc. vend.* ; 2°. il faut que le vendeur veuille uſer du droit que lui donne ce pact.

Selon notre Juriſprudence, le pact commiſſoire n'opere pas de plein droit la réſolution du contrat par défaut de paiement dans le temps limité ; il donne ſeulement au vendeur, en ce cas, une action pour demander la réſolution du contrat, qui n'eſt opérée au moins irrévocablement que par la ſentence, qui, par cette action, déclare le contrat nul & réſolu, faute par l'acheteur d'avoir payé ; l'acheteur peut donc, juſqu'à ce que la ſentence ſoit intervenue, quoiqu'après l'expiration du terme, empêcher la réſolution du contrat par des offres.

§. II.

En faveur de qui eſt cenſé ſe faire le pact commiſſoire, & quel en eſt l'effet.

460. Le pact commiſſoire eſt cenſé ne ſe faire qu'en faveur du vendeur, & il n'acquiert de droit qu'à lui. C'eſt pourquoi ſuivant la maxime, *Unicuique licet juri in favorem ſuum introducto renunciare*, le vendeur qui n'a pas payé peut ne pas uſer de ce pact, & au lieu de demander la réſolution du contrat, pourſuivre l'acheteur pour le paiement, ſans que l'acheteur puiſſe être admis à la demander. C'eſt ce que décide Ulpien en la Loi 3, ff. *de leg. comm. Legem commiſſoriam quæ in venditionibus adjicitur, ſi volet venditor exercebit, non etiam invitus.*

461. Le vendeur n'a ce choix d'uſer du pact commiſſoire, ou de contraindre l'acheteur au paiement du prix, que tant qu'il n'a pas encore opté l'un des deux partis. Lorſqu'il a une fois conclu à la réſolution du contrat, il n'eſt plus dès lors recevable à demander le prix : *Papinianus ſcribit..... non poſſe, ſi commiſſoriam elegit, poſtea variare* ; L. 4, §. 2, ff. *d. t.* La raiſon en eſt évidente ſuivant les principes du Droit Romain ; car ſuivant ces principes, le défaut de paiement dans le temps limité par le pact commiſſoire, opere de plein droit la réſolution du contrat, ſous la condition que le vendeur voudra uſer de ce pact ; ainſi dès que le vendeur a déclaré ſa volonté en concluant à la réſolution du contrat, la vente eſt réſolue, l'obligation de payer le prix ne ſubſiſte plus, & le vendeur ne peut plus le demander, mais ſeulement répéter la choſe vendue.

Même dans notre Juriſprudence qui requiert une ſentence pour opérer au moins d'une maniere irrévocable, la réſolution du contrat, en vertu du pact commiſſoire, je penſe qu'on doit pareillement décider conformément à la loi citée, que le vendeur qui a une fois conclu à la réſolution du contrat en vertu du pact commiſſoire, n'eſt plus recevable à changer ſes concluſions, & à demander le paiement du prix, même dans le cas auquel l'acheteur n'auroit encore ſignifié aucun conſentement aux concluſions du vendeur; car l'acheteur les a ſuffiſamment conſenties d'avance par la clauſe qui eſt au contrat de vente; & ce conſentement, donné d'avance aux concluſions du vendeur pour la réſolution du contrat, en a ſuffiſamment opéré la réſolution, de maniere que la ſentence ne fait plus que la déclarer & la confirmer: il eſt vrai qu'avant la ſentence cette réſolution du contrat n'eſt pas dans notre Juriſprudence opérée d'une maniere irrévocable, & que l'acheteur eſt admis juſqu'à la ſentence, à en empêcher l'effet par des offres de payer le prix; mais c'eſt une pure grace que notre Juriſprudence accorde à l'acheteur, qui ne doit pas être retorquée contre lui, lorſqu'il ne veut pas s'en ſervir.

468. *Vice verſâ*, lorſque depuis l'expiration du temps porté par le pact commiſſoire, le vendeur a pourſuivi l'acheteur pour le paiement du prix; il eſt cenſé avoir renoncé au droit que lui donne le pact, & il ne peut plus, en abandonnant ſes pourſuites, conclure à la réſolution du contrat: *Poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum, ſi venditor pretium petat, commiſſoriæ legi renunciatum videtur, nec variare, & ad hanc redire poteſt*; L. 7, ff. *dic. tit.*

§. III.

De l'action qui naît du pact commiſſoire.

463. Le pact commiſſoire étant une clauſe appoſée au contrat de vente, & qui en fait partie, l'action qui en naît eſt une branche de l'action perſonnelle *ex vendito: Qui eâ lege prædium vendidit, ut niſi reliquum pretium intrà certum tempus reſtitutum eſſet, ad ſe reverteretur; ſi non precariam poſſeſſionem tradidit, rei vendicationem non habet, ſed actionem* EX VENDITO; L. 3, *Cod. de pact. inter empt. & empt.*

464. Cette action eſt perſonnelle-réelle, & peut être intentée contre les tiers détenteurs; car le vendeur n'ayant aliéné l'héritage qu'aux charges portées par ſon contrat, en aliénant l'héritage, il l'a affecté à l'exécution des obligations qne l'acheteur a contractées envers lui par ce contrat; *Voyez ce que nous avons dit Section 3, ſur l'action de réméré.*

465. Le vendeur, par cette action, conclut à la réſolution du contrat, & en conſéquence à la reſtitution de la choſe vendue.

L'acheteur doit rendre avec la choſe les fruits qu'il a perçus, L. 5, ff. *de leg. comm.* car n'ayant pas payé le prix, il ne peut retenir les fruits de la choſe, & jouir tout-à-la-fois & de la choſe & du prix.

466. S'il avoit payé une partie du prix, il ne devroit rendre les fruits qu'à proportion de ce qui reſte à payer. Par exemple, s'il avoit payé le quart du prix, il ne devroit rendre que les trois quarts des fruits.

467. Il y a même un cas auquel l'acheteur n'eſt tenu de rendre les fruits pour aucune partie ; c'eſt celui auquel on ſeroit convenu que le vendeur qui a reçu une partie du prix, la retiendroit par forme de dommages & intérêts, en rentrant dans l'héritage par défaut de paiement : *Interdùm fructus lucratur, quum pretium quod numeravit, perdidit ;* L. 4, §. 1, *d. tit.*

La raiſon de cette déciſion eſt, que cette partie du prix qu'il retient, lui tient lieu de tous les dommages & intérêts qu'il peut prétendre pour l'inexécution du contrat, dans leſquels eſt compris le défaut de jouiſſance de l'héritage juſqu'à ce qu'il y ſoit rentré. Si l'acheteur lui faiſoit outre cela raiſon des fruits, ce ſeroit un double emploi & un double dédommagement. Voyez ſur cette clauſe le §. ſuivant, *n.* 473.

468. Enfin l'acheteur doit faire raiſon des détériorations ſurvenues par ſa faute dans la choſe vendue.

469. Le vendeur, de ſon côté, doit rendre à l'acheteur ce qu'il a reçu de lui, à moins qu'il n'y ait convention au contraire, comme nous le verrons au §. ſuivant, *n.* 473.

Il doit auſſi rembourſer les impenſes néceſſaires que l'acheteur a faites pour la conſervation de la choſe vendue : il doit même lui faire raiſon des augmentations & méliorations juſqu'à concurrence de ce que l'héritage vendu s'en trouve plus précieux ; ou du moins ſouffrir que l'acheteur enleve & retienne leſdites méliorations.

470. A l'égard de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour faire l'acquiſition dont le vendeur n'a pas profité, tels que ſont les frais du contrat, le centieme denier, les profits féodaux ou cenſuels que l'acheteur a payés pour ſon acquiſition, le vendeur n'eſt point tenu d'en indemniſer l'acheteur ; au contraire ſi ces droits n'avoient pas été acquittés par l'acheteur, & que le vendeur, après être rentré dans l'héritage par lui vendu, fût inquietté pour raiſon deſdits droits, ce ſeroit à l'acheteur à l'en indemniſer.

En cela cette action differe de celles dont nous avons traité dans les deux ſections précédentes. La raiſon de différence eſt, que la réſolution du contrat qui ſe fait en vertu du pact commiſſoire, ſe fait par la faute de l'acheteur qui n'a pas rempli l'obligation qu'il avoit contractée de payer le prix : c'eſt donc ſur lui que doit tomber la perte de tout ce qu'il en a coûté pour l'acquiſition ; le vendeur n'en doit pas ſouffrir.

C'eſt auſſi par cette raiſon que le coût de la ſentence qui prononce ſur cette action la réſolution du contrat, enſemble tous les dépens faits pour y parvenir & pour la mettre à exécution, doivent être portés par l'acheteur.

Au contraire, lorſque la réſolution du contrat de vente ſe fait en vertu d'une clauſe de réméré, ou dans l'eſpece d'une *addictio in diem*, dont nous avons traité dans les Sections précédentes ; la réſolution du contrat ſe faiſant alors pour le ſeul avantage du vendeur, ſans qu'aucune faute de l'acheteur y donne lieu, elle doit ſe faire aux dépens du vendeur, qui doit indemniſer l'acheteur de tous les loyaux-coûts de l'acquiſition, & des frais de la demande & de la ſentence, lorſque l'acheteur n'a fait aucune conteſtation.

471. Le vendeur n'eſt pas même obligé de rendre la ſomme qu'il a reçue par forme d'arrhes, *Si per emptorem factum ſit, quominùs lex (commiſſoria)*

parèretur, & eâ lege uti venditor velit ; fundos inemptos fore, & id quod arrhæ, vel alio nomine datum eſſet, apud venditorem remanſurum ; L. 6, ff. *d. tit.*

La raiſon eſt que le vendeur qui a ſtipulé la réſolution du contrat faute de paiement, & s'eſt fait auſſi donner une ſomme pour des arrhes, eſt cenſé s'être réſervé les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution du contrat, & les avoir fixés à cette ſomme qu'il doit retenir.

Obſervez que cette déciſion n'a lieu qu'autant que cette ſomme ne ſeroit pas trop conſidérable, & n'excéderoit pas celle à laquelle pouvoient vraiſemblablement monter les dommages & intérêts.

§. IV.

De quelques eſpeces particulieres de pacts commiſſoires.

Premiere espece.

472. La Loi 4, §. 3, ff. *de leg. comm.* contient une eſpece particuliere de pact commiſſoire : *In commiſſoriâ*, dit cette Loi, *etiam hoc ſolet convenire : ut ſi venditor eumdem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id à priore emptore exigat.*

Cette clauſe eſt une extenſion du pact commiſſoire : elle n'eſt pas d'uſage parmi nous dans les ventes volontaires, mais les ventes judiciaires ſont cenſées faites ſous une clauſe aſſez ſemblable ; ſçavoir, qu'à défaut de paiement par l'acheteur, la partie qui pourſuit la vente, pourra faire crier & revendre la choſe à la folle-enchere de l'acheteur.

Nous traiterons *infrà*, *P.* 6, de ces reventes à la folle-enchere.

Cette clauſe eſt très-licite ; tout débiteur eſt tenu des dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de ſon obligation ; & cette clauſe ne contient autre choſe que les dommages & intérêts qui réſultent de l'inexécution de l'obligation de l'acheteur.

Seconde espece.

473. On ajoute quelquefois au pact commiſſoire cette clauſe, que le vendeur qui a reçu une partie du prix pourra, en cas de réſolution du contrat par défaut de paiement dans le temps limité, retenir par forme de dommages & intérêts, cette partie du prix en reprenant la choſe vendue.

Cette clauſe eſt licite, pourvu que la ſomme ne ſoit pas trop conſidérable, & n'excede pas ce à quoi les dommages & intérêts du vendeur réſultans de l'inexécution du contrat, pourroient être eſtimés au plus cher.

Troisieme espece.

474. La clauſe par laquelle on ſtipule ſans aucune limitation de temps, qu'à défaut de paiement le contrat ſera réſolu, eſt une eſpece de pact commiſſoire qui differe du pact ordinaire, en ce que dans le pact ordinaire, il y a un temps limité, après l'expiration duquel il y a lieu à la réſolution du contrat ſi l'acheteur n'a pas payé : l'indétermination de temps qui ſe trouve

dans celui ci, n'empêche pas qu'il ſoit valable. C'eſt l'avis de Brunneman, *ad* L. 4, ff. *de leg. comm.* & des Docteurs par lui cités. Son effet eſt de donner au vendeur une action par laquelle il conclut contre l'acheteur, à ce que faute par lui de payer dans le temps qui ſera arbitré & lui ſera imparti par le Juge, la réſolution du contrat ſera ordonnée.

SECTION VI.

Si la demeure en laquelle eſt l'une des parties contractantes d'exécuter ſes obligations, ſuffit ſeule pour donner à l'autre le droit de demander la réſolution du contrat.

475. Suivant les principes du Droit Romain, la demeure en laquelle ſeroit l'une des parties contractantes, de ſatisfaire à ſon obligation, n'eſt pas toujours une cauſe ſuffiſante, pour donner à l'autre partie le droit de demander la réſolution du contrat.

Par exemple, ſi l'acheteur eſt en demeure de payer le prix, le vendeur n'a pas pour cela le droit de demander la réſolution du contrat, & il peut ſeulement exiger par les voies de Droit, le paiement du prix qui lui eſt dû. C'eſt ce que décide la Loi 8, *Cod. de contr. empt. Si vineas diſtraxiſti, nec pretium numeratum eſt, actio tibi pretii, non eorum quæ dediſti repetitio competit.* La Loi 14, *Cod. de reſc. vend.* dit pareillement, *non ex eo quod emptor non ſatis conventioni fecit, contractus conſtituitur irritus.*

Ces principes ont été autrefois ſuivis dans notre Pratique Françoiſe, comme il paroît par ce qu'en diſent Deſpeiſſes, *tit.* 1, *Sect. fin. n.* 19, & les Auteurs par lui cités.

Mais comme le plus ſouvent on ne peut ſans de grands frais ſe faire payer de ſes débiteurs, on a été obligé de ſe déporter dans les Tribunaux, de la rigueur de ces principes, & on admet un vendeur à demander la réſolution du contrat de vente, pour cauſe de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pact commiſſoire. Il y a ſeulement cette différence, que lorſqu'il y a un pact commiſſoire, le Juge, ſur la demande donnée après l'expiration du temps porté par le pact, doit prononcer d'abord la réſolution du contrat, & permettre au vendeur de rentrer en poſſeſſion de la choſe vendue; au-lieu que lorſqu'il n'y a pas de pact commiſſoire, le Juge, ſur la demande du vendeur, rend une premiere ſentence, par laquelle il fixe un certain temps qui eſt laiſſé à ſon arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur ſera tenu de payer; paſſé lequel temps, il ſera permis au vendeur de rentrer en poſſeſſion de la choſe qu'il a vendue: & ſi l'acheteur ne paie pas dans ledit temps, le vendeur, après l'expiration du temps, doit obtenir une ſeconde ſentence, qui, faute par l'acheteur d'avoir ſatisfait à la premiere, déclarera le contrat de vente nul & réſolu, & permettra au vendeur de rentrer en poſſeſſion.

L'acheteur peut même, depuis la ſentence qui a prononcé la réſolution du contrat, empêcher cette réſolution, & ſe conſerver la choſe qui lui a été vendue;

vendue, en appellant de la ſentence, & en offrant ſur l'appel le prix qu'il doit, les intérêts & les dépens.

Nous avons traité la queſtion dans le cas d'une vente faite à crédit. Si elle a été faite à la charge de payer le prix comptant, & que le vendeur, dans la confiance de recevoir le prix incontinent, ait fait la tradition de la choſe; la tradition n'ayant pas en ce cas transféré la propriété de la choſe, *ſuprà*, *n.* 322, il n'eſt pas douteux que le vendeur peut en ce cas, faute de paiement, revendiquer la choſe, & demander la réſolution du contrat.

A l'égard de toutes les autres obligations, ſoit du vendeur, ſoit de l'acheteur, c'eſt par les circonſtances qu'on décide ſi leur inexécution doit donner lieu à la réſolution du contrat; elle y donne lieu lorſque ce qu'on m'a promis eſt tel que je n'euſſe pas voulu contracter ſans cela.

Suppoſons, par exemple, que vous m'ayez vendu une terre dont il ne dépend aucuns pâturages, quoiqu'on ne la puiſſe faire valoir ſans beſtiaux; & que par le contrat vous vous ſoyez obligé de me donner le droit de pâturage pour les beſtiaux de la terre que vous me vendez, ſur une autre terre voiſine dont vous êtes en poſſeſſion: s'il arrive par la ſuite que vous ſoyez évincé de cette terre, & que vous ne puiſſiez en conſéquence me faire jouir du droit de pâturage que vous vous êtes obligé de me faire avoir ſur cette terre, l'inexécution de cette obligation, que vous avez contractée envers moi, me donne le droit de conclure contre vous à la réſolution du contrat de vente; car il eſt évident que ſans ce droit de pâturage je n'euſſe pas voulu acheter votre terre.

Au contraire, s'il dépendoit de la terre que vous m'avez vendue, des pâturages ſuffiſans pour les beſtiaux néceſſaires à ſon exploitation, de maniere que le droit de pâturage que vous vous êtes obligé de me donner ſur l'autre terre, ne me fût pas néceſſaire, mais ſeulement utile en ce qu'il me donnoit lieu d'entretenir un plus grand nombre de beſtiaux, & de faire un plus gros profit; en ce cas on ne peut pas aſſurer, comme dans l'eſpece précédente, que je n'euſſe pas voulu acheter votre terre ſans ce droit de pâturage, mais ſeulement que je n'euſſe pas voulu l'acheter ſi cher; c'eſt pourquoi je ne pourrai pas demander la réſolution du contrat, mais ſeulement une diminution ſur le prix.

SIXIEME PARTIE.

Des Promeſſes de vendre & d'acheter ; des Arrhes, & de pluſieurs eſpeces particulieres de Vente.

CETTE Partie eſt compoſée de cinq Chapitres. Nous traitons dans le premier, des promeſſes de vendre, des promeſſes d'acheter, & des arrhes. Dans le ſecond, des ventes forcées, des licitations, & des ventes en Juſtice. Dans le troiſieme, des ventes de droits ſucceſſifs, ou d'autres droits univerſels. Dans le quatrieme, de la vente d'un droit d'uſufruit. Dans le cinquieme, de la vente des rentes, & autres créances.

CHAPITRE PREMIER.

Des Promeſſes de vendre ; des Promeſſes d'acheter, & des Arrhes.

ARTICLE PREMIER.

Des Promeſſes de vendre.

§. I.

Ce que c'eſt qu'une promeſſe de vendre ; & quand quelqu'un eſt-il cenſé l'avoir contractée.

476. UNE promeſſe de vendre eſt une convention par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre de lui vendre une choſe.

Par exemple, ſi dans le contrat de vente que je vous ai fait de ma bibliotheque il y a cette clauſe, que je m'oblige de vous vendre auſſi les tablettes, ſi elles vous conviennent, & ſi vous les voulez acheter ; cette clauſe renferme une promeſſe de vous vendre les tablettes.

Il y a une grande différence entre la promeſſe de vendre & la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une choſe, ne la vend pas encore, il contracte ſeulement l'obligation de vous la vendre lorſque vous le requerrez.

477. Il faut bien prendre garde à ne pas prendre pour une promeſſe de vendre, la déclaration que fait une perſonne de la diſpoſition actuelle en laquelle elle eſt de vendre. Cette déclaration ne renferme aucune obligation, & laiſſe à celui qui la fait, la liberté de changer de volonté juſqu'à ce que le marché ait été conclu. Par exemple, ſi après vous avoir vendu verbalement

ma bibliotheque, je n'ai pas dit formellement & préciſément que je m'obligeois à vous vendre les tablettes, & que j'aie ſeulement dit : *je vous vendrai auſſi mes tablettes pour la ſomme de tant, ſi elles vous conviennent ;* ce n'eſt qu'une ſimple déclaration de la diſpoſition de la volonté actuelle dans laquelle j'étois, & non une véritable promeſſe.

Il faut pour une promeſſe de vendre, que lorſque vous m'avez dit ou écrit que vous me vendriez une telle choſe, il paroiſſe clairement par les termes dont vous vous êtes ſervi, que vous avez entendu vous y obliger, & que c'eſt une véritable convention qui eſt intervenue entre vous & moi, ſans cela c'eſt un ſimple diſcours qui ne renferme aucune obligation.

§. II.

Différences du Contrat de vente, & de la ſimple promeſſe de vendre.

478. Le contrat de vente eſt un contrat ſynallagmatique, par lequel chacune des parties s'oblige l'une envers l'autre ; mais la promeſſe de vendre eſt une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre, qui s'engage ; celui à qui la promeſſe eſt faite ne contracte de ſa part aucune obligation.

Celui qui vend une certaine choſe, devient débiteur de cette choſe envers l'acheteur ; cette choſe devient dès-lors aux riſques de l'acheteur à qui elle eſt due, comme nous l'avons établi *ſuprà, part.* 4 ; mais celui qui vous promet de vous vendre une certaine choſe, n'eſt pas encore débiteur de la choſe même, il n'eſt débiteur que d'un fait. C'eſt pourquoi la choſe qu'il vous a promis de vous vendre, continue d'être à ſes riſques ; ſi elle périt, c'eſt lui qui en ſupporte la perte : vous n'êtes pas obligé de lui payer le prix de cette choſe : vous ne la lui deviez pas encore, ne l'ayant pas encore achetée.

§. III.

Queſtion ſur l'effet de la promeſſe de vendre.

479. Lorſque celui qui m'a promis de me vendre une certaine choſe, refuſe d'accomplir ſa promeſſe, puis-je l'obliger préciſément à l'accomplir en faiſant ordonner que faute par lui de me paſſer le contrat de vente qu'il s'eſt obligé de me paſſer, la Sentence vaudra pour contrat de vente, & qu'il me ſera permis, en vertu de ladite Sentence, de ſaiſir la choſe & de m'en faire mettre en poſſeſſion ; ou bien ſur ſon refus, ne puis-je obtenir contre lui qu'une condamnation de dommages & intérêts qui s'eſtimeront à une ſomme d'argent ? D'un côté on dira que c'eſt un principe général, que les obligations qui ne conſiſtent pas à donner, mais à faire, *quæ non ſunt in dando, ſed in faciendo*, ſe réſolvent en dommages & intérêts, faute par le débiteur d'accomplir ſon obligation, parce que *nemo poteſt cogi præcisè ad factum ;* donc, dira-t-on, l'obligation qui réſulte de la promeſſe de vendre une choſe, n'ayant pas tant pour objet la choſe, qu'un fait qui eſt la vente de la choſe, étant une obligation *quæ non in dando ſed in faciendo conſiſtit* ; elle doit, ſuivant ce prin-

cipe, ſe réſoudre néceſſairement en une ſimple obligation de dommages & intérêts.

D'un autre côté on dira que la regle *nemo poteſt cogi ad factum*, & celle que les obligations *quæ in faciendo conſiſtunt*, ſe réſolvent néceſſairement en dommages & intérêts, ne reçoivent d'application qu'à l'égard des obligations de faits extérieurs & corporels; telle qu'eſt l'obligation de celui qui ſe ſeroit obligé de copier mes cahiers, leſquels faits ne peuvent ſe ſuppléer que par une condamnation de dommages & intérêts. Mais le fait qui eſt l'objet d'une promeſſe de vendre, n'eſt pas un fait extérieur & corporel de la perſonne du débiteur : il peut ſe ſuppléer par un Jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que faute par le débiteur de vouloir paſſer un contrat de vente, le Jugement vaudra pour contrat. Cette opinion paroît ſuivie dans la Pratique, comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accompliſſement de leurs promeſſes.

§. IV.

Des différentes manieres dont ſe font les promeſſes de vendre.

480. Les promeſſes de vendre ſe font de différentes manieres, 1°. elles ſe font ou avec limitation de temps, ou ſans limitation de temps. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé de vendre une choſe dans un temps limité, il eſt déchargé de plein droit de ſon obligation par le laps de ce temps, s'il n'a pas été mis en demeure pendant l'eſpace de ce temps de s'en acquitter. Cela eſt conforme aux principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 671.

Lorſque je vous ai promis de vous vendre quelque choſe ſans aucune limitation de temps, je dois pour être déchargé de ma promeſſe, obtenir contre vous une Sentence, qui portera que vous déclarerez dans un temps qui ſera limité par la Sentence, ſi vous entendez acheter; & que ledit temps paſſé, faute par vous d'avoir fait cette déclaration, je ſerai déchargé de mon obligation.

Quoique je n'aie pas obtenu de Sentence, s'il s'eſt paſſé un temps conſidérable, il en peut réſulter une préſomption que les parties ſe ſont déſiſtées tacitement de cette convention.

481. 2°. La promeſſe de vendre une choſe peut ſe faire non-ſeulement en exprimant le prix pour lequel on s'oblige de la vendre, mais auſſi ſans l'exprimer : le débiteur eſt cenſé en ce cas s'être obligé de vendre pour le juſte prix tel qui ſera réglé par experts dont les parties conviendront. Cette obligation eſt valable, de même que le legs par lequel un teſtateur charge ſon héritier de vendre à quelqu'un une choſe ſans faire mention du prix, ne laiſſe pas d'être valable, & d'obliger l'héritier à vendre la choſe *æquo pretio*; L. 49, §. 8, ff. *de leg.* 1°. *Nec obſtat*, qu'il ne peut y avoir de vente ſans un prix convenu entre les parties; car la promeſſe de vendre n'eſt pas encore une vente.

482. Lorſque j'ai promis de vous vendre une certaine choſe au juſte prix, ou, ce qui revient au même, ſans faire aucune mention du prix; eſt-ce au

prix qu'elle valoit au temps de la promeſſe, ou au prix qu'elle vaudra au temps du contrat de vente que je vous en ferai, que je dois vous la vendre? Je penſe que c'eſt au prix qu'elle ſe trouve valoir au temps du contrat de vente que je vous en paſſe; car ce n'eſt qu'en ce temps que la vente s'en fait, & par conſéquent c'eſt eu égard à ce temps, qu'on doit eſtimer ſi elle ſe fait *æquo pretio*.

Néanmoins ſi la choſe avoit augmenté de prix depuis que celui qui vous a promis de vous vendre, a été, par une demande judiciaire, mis en demeure d'accomplir ſa promeſſe, il ne ſeroit pas admis à la vendre plus qu'elle ne valoit lorſqu'il a été mis en demeure; car vous ne devez pas ſouffrir de ſa demeure, & il doit encore moins en profiter.

483. Lorſque le prix eſt porté par la promeſſe de vente, quelque variation qui ſoit ſurvenue depuis cette promeſſe dans le prix des choſes de l'eſpece dont elle eſt, le vendeur n'eſt pas recevable à vouloir la vendre pour un prix plus haut que celui qui a été convenu, & il n'eſt pas non plus tenu de la vendre pour un moindre prix.

484. Si la choſe avoit été notablement détériorée par quelque cas fortuit, *putà*, ſi un des corps de logis de la maiſon qu'on vous a promis de vous vendre pour un certain prix, avoit été incendié par le feu du ciel, ſeriez-vous en droit d'obliger le débiteur à vous vendre la maiſon, & à vous faire, ſur le prix convenu entre vous, une déduction proportionnée à la détérioration arrivée à la maiſon? Je penſe que vous n'y ſeriez pas fondé; car celui qui vous a promis de vous la vendre, ne s'eſt obligé de le faire que pour le prix exprimé par ſa promeſſe, & non pour un prix différent. Cette déciſion n'eſt pas contraire à ce que nous avons établi *ſuprà*, §. 2, que celui qui vous a promis de vous vendre une choſe, n'étant pas encore le vendeur ni le débiteur de cette choſe, la choſe doit être à ſes riſques & non aux vôtres; car étant en votre pouvoir de ne pas acheter la choſe, elle n'eſt pas à vos riſques, mais aux riſques de celui qui vous a promis de vous la vendre, puiſqu'en ne l'achetant pas vous lui faites néceſſairement ſupporter la perte arrivée ſur cette choſe.

485. S'il eſt ſurvenu quelque augmentation à la choſe que vous m'avez promis de me vendre pour un certain prix, *putà* par une alluvion, ſerez-vous obligé de me vendre la choſe telle qu'elle ſe trouve avec cette alluvion? La raiſon de douter eſt que cette accrue qui s'eſt faite à l'héritage que vous avez promis de me vendre, eſt cenſée en faire partie. Nonobſtant cette raiſon, je penſe que vous pouvez retenir cette accrue, à moins que je n'offre de vous en payer le prix qu'elle ſeroit eſtimée. La raiſon eſt, que le profit de l'augmentation doit appartenir à celui aux riſques de qui eſt la choſe: *ubi periculum, ibi & lucrum*; L. fin. Cod. de furt. *Secundùm naturam eſt commoda cujuſque rei eum ſequi, quem ſequuntur incommoda*; L. 10, ff. *de reg. jur.* Or la choſe eſt aux riſques de celui qui a promis de la vendre, tant que la vente ne s'eſt pas enſuivie, puiſque ſi elle vient à périr ou à ſe détériorer, celui à qui il a promis de la vendre, peut la lui laiſſer & ne la pas acheter. Il doit donc profiter de l'augmentation, puiſque c'eſt ſur lui que tomberoit la perte.

486. A l'égard des augmentations faites depuis la promeſſe ſur l'héritage

par celui qui a promis de vendre, il peut ſans contredit emporter ce qui peut s'enlever, en remettant la choſe en l'état qu'elle étoit lors de la promeſſe; mais je ne penſe pas qu'il puiſſe exiger que celui à qui il a promis de vendre l'héritage pour un certain prix, lui faſſe raiſon de ces impenſes, quoiqu'elles aient rendu l'héritage plus précieux. Il en doit être de même de lui, comme de l'acquéreur d'un héritage ſujet à retrait, auquel les Coutumes refuſent le rembourſement des impenſes utiles : il ne doit pas être plus permis à l'un qu'à l'autre de rendre le retrait ou l'achat plus difficile & plus coûteux.

487. Il n'en eſt pas de même des impenſes néceſſaires que vous avez faites à une choſe depuis que vous m'avez promis de me la vendre pour un certain prix; comme ſeroit, par exemple, la réparation d'un pan ou d'un pignon, dont la ruine étoit imminente, qu'il a fallu démolir & refaire à neuf; il n'eſt pas douteux que ſi vous me vendez la choſe en exécution de votre promeſſe, je ſerai obligé de vous faire raiſon de cette impenſe, puiſque c'eſt une impenſe que vous ne pouviez vous diſpenſer de faire, dont je profite & dont il n'eſt pas juſte que je profite à vos dépens : j'y ſuis d'autant plus obligé que ſi vous n'euſſiez pas fait cette impenſe, j'euſſe été obligé moi-même de la faire.

488. Par la même raiſon, ſi lorſque je vous vends la choſe que je vous ai promis de vous vendre, les fruits ſont pendans, vous devez me rembourſer de tous les frais de culture & de ſemences; car ces frais ſont des charges des fruits, qui doivent être portées par celui qui recueille ces fruits.

Il n'y a pas lieu à toutes ces queſtions, lorſque la promeſſe de vendre ne porte pas le prix pour lequel elle ſera vendue.

ARTICLE II.

Des promeſſes d'acheter.

480. De même qu'on peut faire une promeſſe de vendre qui ne ſoit pas un contrat de vente, on peut faire auſſi une promeſſe d'acheter.

Ces promeſſes d'acheter ſont ordinaires dans les ventes judiciaires, ſoit de meubles, ſoit d'immeubles, qui ſe font au plus offrant & dernier enchériſſeur; car l'enchere que porte un enchériſſeur eſt une vraie promeſſe d'acheter, par laquelle il s'engage à acheter la choſe pour le prix porté par ſon enchere, ſous la condition qu'il n'y ait pas de ſur-enchere au-deſſus de la ſienne.

Cet engagement ſe contracte envers la Juſtice, ou, pour parler plus exactement, il ſe contracte en Juſtice envers le pourſuivant & les oppoſans, & même envers le ſaiſi; il s'éteint *quaſi ex defectu conditionis*, auſſi-tôt qu'il y a une ſur-enchere reçue.

Dans les licitations pardevant Notaires, l'enchere dont le Notaire a donné acte, renferme pareillement un engagement ou promeſſe d'acheter, qui s'éteint pareillement lorſqu'il y a une ſur-enchere reçue.

490. Ce n'eſt pas ſeulement par des encheres que ſe contractent les promeſſes d'acheter; on peut ſans cela s'engager envers quelqu'un d'acheter une certaine

choſe par une ſimple promeſſe qui ne ſoit pas un achat de la choſe. Par exemple, ſi étant ſur le point d'acheter un château tout meublé, j'ai une convention avec le vendeur qui a fait l'eſtimation des meubles qui y ſont, par laquelle il s'engage envers moi de m'acheter dans l'année tous les meubles que je ne voudrai pas garder, pour un prix de deux ſols pour livre au-deſſous de l'eſtimation qui en a été faite, cette convention ne renferme pas un contrat de vente, mais une ſimple promeſſe d'acheter que me fait le vendeur : il n'y a que lui qui s'oblige envers moi ; je ne contracte envers lui aucune obligation, je ſuis le maître de conſerver tout & de ne rien vendre des meubles qui ſont dans le château, & même d'en diſpoſer envers d'autres perſonnes.

491. La promeſſe d'acheter contient un temps, ou n'en contient pas. Si elle en contient un, celui qui l'a faite, en eſt déchargé au bout de ce temps, s'il n'a pas été mis en demeure d'y ſatisfaire : s'il n'y a pas de temps limité, il faut qu'il obtienne ſentence pour être déchargé, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 480, à l'égard de la promeſſe de vendre.

A l'égard de la promeſſe d'acheter que renferment les encheres, l'enchériſſeur eſt cenſé avoir voulu s'engager juſqu'au temps auquel il a dû compter que vraiſemblablement ſe feroit l'adjudication : c'eſt pourquoi ſi elle eſt prolongée trop long-temps par des remiſes auxquelles il n'avoit pas dû s'attendre, il eſt bien fondé à demander que le Juge le décharge de ſon enchere ; mais juſqu'à ce qu'il en ſoit déchargé par le Juge, ſon engagement ſubſiſte.

492. La promeſſe d'acheter, ou contient le prix pour lequel vous m'avez promis de m'acheter une certaine choſe, ou elle ne le contient pas. Si elle ne le contient pas, la vente doit ſe faire pour le prix que la choſe ſe trouvera valoir au temps que la vente s'en fera, & ſuivant le réglement qui en ſera fait par experts, de même que nous l'avons décidé à l'égard de la promeſſe de vendre en l'article précédent. Si le prix eſt réglé par la promeſſe, la vente doit ſe faire pour ce prix.

483. Lorſque la choſe que vous m'avez promis de m'acheter pour un certain prix, a été détériorée, quoique ſans ma faute, avant que vous ayez été en demeure de l'acheter, je ne puis pas vous obliger de l'acheter pour ce prix ; car la perte ſurvenue par la détérioration de cette choſe ne doit pas tomber ſur vous qui n'en êtes pas encore acheteur, mais ſur moi, qui en ſuis propriétaire. La choſe n'a point ceſſé d'être à mes riſques, parce que quoique vous fuſſiez obligé de l'acheter, j'étois le maître de ne la pas vendre, & je n'en étois pas débiteur envers vous.

C'eſt ſur ce principe que Lemaiſtre en ſon Traité des Criées, *chap.* 22, & Mornac ſur la Loi 58, ff. *de contr. empt.* décident après Balde, que ſi depuis une enchere reçue, l'héritage a été détérioré par quelque cas fortuit, *putà*, par un incendie, ou par une tempête qui aura renverſé une grande quantité d'arbres, l'enchériſſeur eſt bien fondé à prétendre être déchargé de ſon enchere, ſi mieux on n'aime lui faire une diminution ſur ſon enchere, de ce qu'il ſera eſtimé par experts que l'héritage vaut de moins.

Si la dégradation eſt telle que celui qui s'eſt engagé d'acheter, non-ſeulement n'auroit pas voulu acheter à ſi haut prix, mais n'auroit pas vraiſemblablement voulu acheter en tout, la choſe ne pouvant plus ſervir pour l'uſage qu'il en vouloit faire, il doit être entiérement déchargé de ſa promeſſe.

Nous avons dit, pourvu que la choſe ait été détériorée avant que celui qui m'a promis d'acheter ma choſe ait été mis en demeure de l'acheter ; car ſi la détérioration eſt ſurvenue depuis, il doit me l'acheter pour le prix convenu ; ou s'il n'y a point de prix convenu, pour le prix que la choſe valoit lorſqu'il a été mis en demeure ; car je ne dois pas ſouffrir de ſa demeure : en cela conſiſtent les dommages & intérêts qui en réſultent.

494. Lorſque vous vous êtes engagé d'acheter de moi une maiſon pour un certain prix, & que depuis l'engagement, & avant que vous ayez été mis en demeure, il y a eu de groſſes réparations néceſſaires, puis-je vous obliger à acheter la choſe pour le prix convenu, & à me faire raiſon en outre du prix des réparations ? Non : ſi je trouve qu'au moyen des impenſes que j'ai faites, la choſe vaut mieux que le prix pour lequel vous m'avez promis de me l'acheter, je ſuis le maître de la garder ; mais je ne puis exiger de vous que vous l'achetiez pour un prix plus cher que celui porté par la convention, quoique la maiſon étant réparée, vous profitiez de ces réparations en l'achetant ; car ne vous étant obligé de l'acheter que pour ce prix, n'ayant que cette ſomme à y mettre, je ne puis exiger de vous davantage ; vous ne me faites en cela point de tort, puiſque je ſuis le maître de garder la choſe.

495. A l'égard des impenſes faites pour les fruits qui ſe trouveroient pendans lors de la vente que je vous ferai de l'héritage que vous vous êtes obligé d'acheter ; ſi vous ne voulez pas les rembourſer, vous devez conſentir qu'en vous vendant l'héritage je me réſerve ces fruits ; car ces impenſes étant des charges de fruits qui ne s'eſtiment que *deductis impenſis*, vous ne pouvez pas avoir ces fruits ſans payer ces impenſes.

ARTICLE III.

Des arrhes.

496. Il y a deux eſpeces d'arrhes, les unes qui ſe donnent lors d'un contrat ſeulement projetté, les autres qui ſe donnent après le contrat de vente conclu & arrêté.

§. I.

Des arrhes qui ſe donnent avant le marché conclu.

497. Ces arrhes qui ſe donnent lors d'un marché ſeulement propoſé, & avant qu'il ait été conclu, forment la matiere d'un contrat particulier par lequel celui qui me donne des arrhes conſent de les perdre, & de m'en transférer la propriété en cas de refus de ſa part de conclure le marché propoſé, & je m'oblige de mon côté à les rendre au double en cas de pareil refus de ma part ; L. 17, *Cod. de fid. inſtr.*

498. Cette convention étant de la nature du contrat d'arrhes, il n'eſt pas néceſſaire qu'elle ſoit expreſſe : le ſeul fait par lequel l'une des parties, lors d'un marché propoſé, & non encore arrêté, donne quelque choſe à l'autre par forme d'arrhes, renferme tacitement cette convention, quoique les parties ne s'en ſoient pas expliquées ; *d. L.* 17.

499.

499. Ce contrat eſt un contrat réel ; car il ne peut y avoir de contrat d'arrhes, ſans un fait qui eſt la tradition des arrhes.

500. Par ce contrat, c'eſt celui qui reçoit les arrhes, qui s'oblige envers l'autre ; celui qui les donne ne contracte proprement aucune obligation, mais il transfere par ce contrat la propriété des arrhes qu'il donne, dans le cas & ſous la condition qu'il ſeroit refuſant de conclure le marché propoſé.

501. Cela a lieu lorſque la choſe qu'il donne pour arrhes eſt une choſe qui lui appartient, & dont il peut par conſéquent transférer la propriété ; mais s'il m'avoit donné pour arrhes une choſe qui ne lui appartient pas, contracteroit-il l'obligation de la garantie envers moi ? Cela dépend de ſçavoir comment on doit enviſager le titre de celui qui reçoit des arrhes : ſi c'eſt un titre lucratif, il n'y a pas lieu à la garantie, *lucrativæ rei poſſeſſor ab evictionis actione ipſâ juris ratione depellitur* ; Paul, *ſentent. v.* 10, 5 ; mais peut-il être enviſagé comme un titre lucratif ? Il eſt vrai que celui qui m'a donné les arrhes n'a rien reçu à la place, je n'ai rien débourſé pour les avoir ; mais ſi je n'ai rien débourſé, j'ai contracté une obligation réciproque envers celui qui me les a données, de les lui rendre au double dans le cas auquel le refus viendroit de ma part. C'eſt en récompenſe de cette obligation que j'ai contractée, qui étoit équivalente à la valeur des arrhes que vous me donniez, que j'ai les arrhes ; je ne les ai donc pas à titre lucratif. Le contrat d'arrhes n'eſt pas à la vérité proprement du nombre des contrats *commutatifs*, mais il eſt du nombre des contrats *intéreſſés de part & d'autre ;* ce n'eſt pas un titre *lucratif*, il donne par conſéquent lieu à l'obligation de garantie.

502. Celui qui a reçu les arrhes s'oblige en cas de refus de ſa part de conclure le marché propoſé, à rendre à celui qui les a données le double de la ſomme qu'il a reçue pour arrhes, ſi c'eſt une ſomme d'argent qu'il a reçue, ou ſi c'eſt une autre choſe, à rendre cette choſe, & en ſus la valeur de cette choſe, au rapport des experts dont ils conviendront.

503. Si c'eſt d'un conſentement réciproque que le marché ne ſe fait pas, parce que la perte de la choſe qui en faiſoit l'objet, ou le changement conſidérable arrivé dans cette choſe, empêche qu'il ne puiſſe ſe conclure ; celui qui a reçu les arrhes doit les rendre, & rien au-delà. Lorſque le marché a été conclu, il doit pareillement les rendre, ſauf que ſi c'eſt une ſomme d'argent qui lui a été donnée pour arrhes, il peut la retenir en l'imputant ſur le prix qui lui eſt dû par l'acheteur qui la lui a donnée.

504. Enfin celui qui a reçu quelque choſe pour arrhes s'oblige à apporter le ſoin convenable pour la conſervation de cette choſe : il doit être tenu à cet égard de la faute légere, le contrat d'arrhes ſe faiſant pour l'intérêt de l'un & de l'autre des contractans.

§. II.

Des arrhes qui ſe donnent après le marché conclu.

505. Ces arrhes ont coutume de ſe donner par l'acheteur au vendeur, pour ſervir à la preuve que le marché a été conclu & arrêté. C'eſt pourquoi

Cujas les définit, *quod ante pretium datur & fidem facit contractûs facti, totiuſque pecuniæ ſolvendæ.*

Elles ne ſont point de l'eſſence du contrat de vente qui peut ſe faire ſans donner d'arrhes, les parties pouvant s'en procurer d'autres preuves que celles qui réſultent des arrhes.

C'eſt de cette eſpece d'arrhes qui ſe donnent *in argumentum contractûs facti*, dont parle la Loi 35, ff. *de contrah. empt. Quod ſæpe arrhæ nomine datur, non quaſi ſine arrhis conventio nihil proficiat; ſed ut evidentiùs probari poſſit conveniſſe de pretio.*

506. Les arrhes que donne l'acheteur conſiſtent quelquefois dans une ſomme d'argent; elles ſont cenſées en ce cas données à compte du prix que l'acheteur s'oblige de payer, & elles doivent s'y imputer. Le peuple dans notre Province appelle cette eſpece d'arrhes, *denier d'adieu*, parce que c'eſt une piece de monnoie qui eſt donnée par l'acheteur au vendeur, lorſque les parties après avoir conclu leur marché, ſe ſéparent & ſe diſent *adieu.*

Quelquefois l'acheteur donne pour arrhes autre choſe que de l'argent. Les Romains avoient coutume de donner pour arrhes *un anneau*; L. 5, §. 15, ff. *de inſt. act. Plin. lib.* 33, *cap.* 1. Le vendeur en ce cas a droit de retenir comme une eſpece de gage la choſe qui lui eſt donnée pour arrhes, juſqu'à ce qu'il ait été entiérement payé. Lorſqu'il a été entiérement payé, il doit rendre à l'acheteur la choſe qu'il a reçue pour arrhes. La Loi 11, §. 6, ff. *de act. empt.* donne en ce cas à l'acheteur l'action qu'on appelle *condictio ſine cauſâ*, pour la répétition des arrhes, *quia jam ſine cauſâ*, dit la Loi, *apud venditorem eſſet annulus*; elle ajoute qu'il peut le répéter par l'action *ex empto.*

507. C'eſt une queſtion entre les Docteurs, ſi lorſqu'après le contrat de vente conclu & arrêté, le vendeur a reçu des arrhes de l'acheteur, chacune des parties peut être contrainte par l'autre à l'exécution de ſon obligation, & condamnée, faute de l'exécuter, en tous les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation, de même que s'il n'avoit pas été donné d'arrhes; ou s'il eſt au pouvoir de l'acheteur de ſe décharger de ſon obligation en offrant de perdre les arrhes qu'il a données; & en celui du vendeur, de ſe déſiſter pareillement de la ſienne, en offrant les arrhes au double? Fachin. *lib.* 11, *controv.* 28, & les Docteurs par lui cités, ont ſuivi cette derniere opinion. Ils ſe fondent ſur ce que Juſtinien au *tit. de empt. vend. princ.* & en la Loi 17, *Cod. de fid. inſtr.* dit que l'acheteur qui refuſe d'exécuter le contrat, doit perdre les arrhes, & que le vendeur lorſqu'il eſt refuſant, doit les rendre au double. La Loi, diſent ces Auteurs, ayant fixé les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation de l'acheteur, à la perte des arrhes du côté de l'acheteur, & à la reſtitution des arrhes au double du côté du vendeur, les parties ne peuvent pas en prétendre d'autres. En donnant & recevant les arrhes, elles doivent être cenſées s'être contentées de cette eſpece de dommages & intérêts, & avoir renoncé à tous autres, même à toutes autres actions qu'elles pourroient avoir l'une contre l'autre pour l'exécution du contrat. Weiſſembach *in parat. ad d. tit.* ff. *de contr. empt. n.* 9; *& Vinnius ad d. tit. inſt.* rejettent avec raiſon cette opinion; ils diſent que les textes oppoſés ne doivent s'entendre que des arrhes que l'on donne lors du marché ſeulement propoſé & non encore conclu. Il paroît aſſez

évident que la Loi 17 ne parle que de cette eſpece d'arrhes ; elle eſt dans l'eſpece d'un contrat qui n'eſt pas encore conclu, & que les parties différoient de conclure, juſqu'à ce qu'il fût couché par écrit. Le texte des inſtituts, quoique louche & ambigu, ne doit s'entendre pareillement que de cette eſpece d'arrhes : ce qui eſt dit, *ita tamen impunè recedere concedimus, niſi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum*, fait voir évidemment que le contrat pour lequel on a donné des arrhes dans cette eſpece, eſt un contrat qu'on auroit pu impunément ne pas exécuter, s'il n'y avoit pas eu d'arrhes données ; & par conſéquent un contrat qui n'étoit pas encore fait & achevé, mais à faire, & ſeulement projetté. C'eſt pourquoi les termes qui ſuivent, *ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt*, doivent s'entendre en ce ſens, *celebrari cæpta eſt*, comme l'explique Vinnius *in not. ad h. tit.* ; & ceux-ci, *is qui recuſat adimplere contractum*, en ce ſens, *id eſt qui recuſat perficere contractum* ; Vinnius, *ibid.* Dans le cas de ces arrhes qui ont été données lors d'un contrat ſeulement projetté & non conclu, il eſt clair que l'acheteur qui ne veut pas conclure le marché, en eſt quitte pour la perte de ſes arrhes, & qu'il ne peut être contraint au paiement du prix, puiſque le marché n'étant pas encore conclu, il n'a pas encore contracté l'obligation de le payer. Par la même raiſon on ne peut demander autre choſe que la reſtitution des arrhes au double à la partie qui les a reçues, puiſqu'elle n'étoit pas encore obligée à la tradition de la choſe : mais il en doit être autrement, lorſque les arrhes ont été données après le marché conclu & arrêté ; l'acheteur peut en ce cas être contraint au paiement du prix, puiſqu'il y eſt obligé, & par la même raiſon le vendeur peut être contraint à livrer la choſe ; & faute de la pouvoir livrer, condamné en tous les dépens, dommages & intérêts de l'acheteur, ſans que l'un & l'autre puiſſent ſe décharger de leurs obligations, quoique l'un offre de perdre ſes arrhes, & l'autre de les payer au double. Il ſeroit abſurde que les arrhes étant dans ce cas intervenues pour la confirmation du contrat, pour le rendre plus certain & plus connu, on voulût leur donner l'effet de détruire le contrat en détruiſant les obligations qui en naiſſent, & les droits & actions qui en réſultent. Vinnius qui eſt de notre ſentiment, dit ſur la foi de Pacius, que le ſentiment contraire eſt pratiqué en France. Je ne me ſuis point apperçu de cette pratique, & je crois que ces Auteurs, peu à portée de ſçavoir notre Pratique, ont erré dans le fait ſur ce point. Deſpeiſſes, Auteur François, ſuit le ſentiment de Vinnius ; *Part.* 1, *Tit.* 1, *Sect.* 4.

508. Quoique l'acheteur qui, après le marché conclu & arrêté, a donné des arrhes, ait refuſé de l'exécuter & de payer le prix ; s'il a été, nonobſtant cela, contraint à le payer, & qu'il l'ait payé, il ne doit pas perdre ſes arrhes, elles doivent lui être rendues ; ou ſi c'eſt une ſomme d'argent, elle doit être imputée ſur le prix ; car ce n'eſt que dans le cas d'inexécution du marché par ſon refus, qu'il doit les perdre ; mais lorſqu'il a payé, quoique contraint, le marché ſe trouve exécuté.

Il y a plus de difficulté lorſque le vendeur n'a pas effectivement exécuté le contrat, mais qu'il a été condamné, faute de l'exécuter, aux dommages & intérêts de l'acheteur. Je penſe que même en ce cas l'acheteur ne peut prétendre que la ſimple répétition de ſes arrhes, & non la reſtitution du double : car la reſtitution des arrhes au double, étant une peine qui tient lieu des domma-

ges & intérêts réſultans de l'inexécution du contrat, l'acheteur ſe feroit payer doublement d'une même choſe, ſi après avoir été ſatisfait entiérement de ſes dommages & intérêts, il ſe faiſoit encore reſtituer ſes arrhes au double, ce qui eſt contraire à cette loi de l'équité; *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur;* L. 57, ff. *de R. J.*

509. Il nous reſte une queſtion. Lorſqu'il eſt incertain ſi le contrat par lequel on a donné des arrhes, eſt un contrat conclu & arrêté, ou s'il eſt ſeulement projetté, que doit-on préſumer? Je réponds: Quoique les arrhes ſe donnent en preuve du marché conclu & arrêté, *in argumentum venditionis contractæ*; néanmoins comme elles ſe donnent auſſi ſouvent pour des contrats ſeulement projettés, elles ne peuvent pas ſeules, s'il n'y a d'autres preuves qui concourent d'ailleurs, former une preuve ſuffiſante de la concluſion du marché. Cela doit néanmoins dépendre des circonſtances: les arrhes qui ſe donnent dans le cas d'un marché ſeulement projetté, ſe donnant dans la vue d'engager les parties de l'exécuter: ſçavoir, celui qui les a données par la crainte de les perdre, & celui qui les a reçues par la crainte de les rendre au double; il s'enſuit que lorſque ce qui a été donné pour arrhes eſt quelque choſe de nulle conſidération, on ne peut gueres regarder cette eſpece d'arrhes comme des arrhes d'un marché ſeulement projetté, & qu'on doit au contraire les regarder comme des arrhes de la ſeconde eſpece, qui ont été données pour ſervir de preuve & de témoignage d'un marché conclu & arrêté. C'eſt pourquoi lorſque dans nos campagnes les payſans donnent pour arrhes de leur marché un ſol marqué, quelquefois même un liard ſeulement, ce qu'ils appellent le *denier d'adieu*, ces arrhes doivent paſſer pour des arrhes de la ſeconde eſpece.

Tout ce que nous avons dit des arrhes qui interviennent dans le contrat de vente, peut s'appliquer à celles qui interviennent dans les autres contrats.

CHAPITRE II.

Des Ventes forcées; des Licitations, & des Ventes en Juſtice.

§. I.

Des Ventes forcées.

510. UNE vente eſt forcée lorſque celui qui vend, avoit dès avant le contrat de vente, contracté l'obligation de vendre.

Cette obligation peut naître d'une promeſſe de vendre. Nous avons parlé de ces promeſſes au Chapitre précédent.

Elle peut naître auſſi d'un teſtament. Lorſqu'un teſtateur a ordonné à ſon héritier ou à ſon légataire de vendre à Pierre une certaine choſe; ſoit qu'elle fût de ſa ſucceſſion, ſoit qu'elle appartînt à ſon héritier ou légataire, cet héritier ou légataire, en acceptant la ſucceſſion ou legs, contracte l'obligation de vendre à Pierre cette choſe pour le prix porté par le teſtament; ou ſi le

teſtateur ne s'eſt pas expliqué ſur le prix, pour celui qui ſera réglé; L. 49, §. 8, ff. *de leg.* 1°.

511. Une vente peut auſſi être forcée pour cauſe de néceſſité publique, ou même ſeulement d'utilité publique. Par exemple, dans les néceſſités publiques, dans une diſette de grains, ceux qui en ont au-delà de leur proviſion peuvent être contraints par le Juge de Police à voiturer leur grain au marché, & à les y vendre au prix courant.

Il en eſt de même de toutes les denrées néceſſaires à la vie, lorſqu'il y en a diſette, comme il peut arriver dans un ſiege.

Les propriétaires des maiſons ou autres héritages, peuvent auſſi être contraints à les vendre pour quelque cauſe d'utilité publique, comme pour faire une rue ou une place publique, pour des fortifications, pour quelque ouvrage public. Par exemple, par une Ordonnance de Philippe-le-Bel de 1303, il eſt ordonné que les propriétaires du terrein néceſſaire pour bâtir des Egliſes paroiſſiales, des Presbyteres, & pour des Cimetieres, ſeront obligés à le vendre à juſte prix.

Suivant les Lettres-Patentes de François I, qui ſont au Tréſor de l'Univerſité d'Orléans, il eſt ordonné au Bailli & Prevôt d'Orléans, de contraindre les propriétaires de certaines maiſons voiſines de l'Ecole de Droit, de les vendre pour l'agrandiſſement de ladite Ecole.

512. Si le propriétaire à qui il eſt ordonné de vendre ſon héritage pour cauſe d'utilité publique, ſoit au Roi, ſoit à une Ville, ſoit à une Univerſité, convient lui-même du prix avec les Commiſſaires du Roi, ou avec la Ville, ou l'Univerſité, cette convention eſt un vrai contrat de vente.

S'il ne veut convenir de rien, & qu'il ſe laiſſe contraindre à abandonner ſon héritage pour le prix réglé par des Experts, il n'y a point en ce cas proprement de vente, puiſqu'il n'y a point de convention; mais l'Arrêt ou Sentence rendu contre lui, en tient lieu.

513. Lorſqu'une choſe vendue pour cauſe d'utilité publique a été faite *divini aut publici juris*; comme ſi on en fait un cimetiere, une rue ou place publique, il eſt évident que toutes les hypotheques ou autres charges dont cette choſe étoit tenue, s'éteignent, ſauf aux créanciers & autres qui avoient quelque droit ſur cette choſe, à ſe venger ſur le prix, ſuivant l'ordre de leurs hypotheques & de leurs privileges; d'où il ſuit qu'une telle vente ne peut donner lieu à aucune obligation de garantie.

514. Non-ſeulement on peut être forcé à vendre pour cauſe d'utilité publique, on peut l'être quelquefois pour une néceſſité particuliere. Par exemple, ſi j'ai un héritage enclavé tellement dans celui de mon voiſin, qu'on n'y puiſſe aller par aucun autre endroit que par ſon héritage, je puis contraindre ce voiſin à me vendre *juſto pretio* un droit de paſſage par l'endroit qui lui ſera le moins incommode; *arg.* L. 12, ff. *de relig.* Ce qui a été décidé par les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau; L. *c. art.* 1, 2; Mornac, *ad d.* L. 12.

§. II.

Des licitations.

515. Lorſque pluſieurs perſonnes ont ſuccédé en commun à un héritage ou autre choſe qui ne peut ſe partager ſans être déprécié, ou l'ont acquis en commun à quelque titre que ce ſoit, comme d'achat, de legs, de donation, *&c.* l'un d'eux peut obliger les autres à le liciter, c'eſt-à-dire, à ſouffrir que le total ſoit adjugé à celui d'entr'eux qui le portera au plus haut prix.

Cette licitation ſe fait chez un Notaire entre les cohéritiers ou copropriétaires.

Si quelqu'un des cohéritiers ou copropriétaires témoignoit n'avoir pas le moyen d'enchérir, & demandoit en conſéquence que les encheres des étrangers fuſſent admiſes, & qu'il fût mis des affiches qui avertiſſent le public du jour & du lieu auquel ſe feroit l'adjudication, cette demande devroit être écoutée.

Lorſque quelqu'un des cohéritiers ou copropriétaires eſt mineur, il eſt de néceſſité, pour la validité de la licitation, que les encheres des étrangers ſoient reçues.

La licitation doit auſſi en ce cas ſe faire devant le Juge, qui adjuge l'héritage au plus offrant & dernier enchériſſeur.

Il faut encore, pour la validité de la licitation, lorſqu'il y a quelque mineur parmi les cohéritiers ou copropriétaires, qu'il ſoit conſtaté par une viſite & rapport d'Experts nommés par le Juge, que les héritages communs ne peuvent ſe partager ſans être dépréciés, & qu'en conſéquence la licitation ſoit ordonnée par le Juge, comme la ſeule voie commode pour ſortir de communauté.

On peut néanmoins ſe paſſer de la viſite, lorſque par la nature de ce qui eſt à partager, ou par rapport au nombre des copartageants, il eſt évident qu'il ne peut ſe faire de partage commodément; comme s'il n'y a dans une ſucceſſion qu'une maiſon qui n'a qu'un corps de logis, s'il n'y a qu'une métairie dont il ne dépende qu'une quantité médiocre de terre.

Lorſque ſur une licitation dans laquelle les étrangers ont été admis à enchérir, l'héritage eſt adjugé à un étranger, la licitation eſt un vrai contrat de vente qu'on lui fait de l'héritage licité par les licitans, qui produit de part & d'autre toutes les obligations que produit le contrat de vente.

Mais lorſque c'eſt un des cohéritiers ou copropriétaires qui ſe rend adjudicataire, la licitation eſt regardée en ce cas comme une eſpece de partage ou acte diſſolutif de communauté, plutôt que comme une vente. Nous parlerons de ces licitations en la Partie VII, & nous ferons voir les différences entre cet acte & le contrat de vente.

§. III.

Des Ventes en Juſtice.

516. Les immeubles & les meubles ſe vendent quelquefois en Juſtice.

Une vente de meubles eſt faite en Juſtice, ou lorſqu'elle eſt faite par le Juge à l'Audience, ou lorſqu'elle eſt faite à l'encan par un Miniſtre de Juſtice,

tel qu'un Sergent; ſoit qu'elle ſoit forcée, telle qu'eſt celle qu'un créancier fait des meubles ſaiſis ſur ſon débiteur; ſoit qu'elle ſoit volontaire, telle que celle que des héritiers font des meubles d'une ſucceſſion.

A l'égard des immeubles, nous avons déja vu un cas auquel ils ſe vendent en Juſtice, qui eſt celui de la licitation, lorſque parmi les cohéritiers ou copropriétaires il y a quelques mineurs.

Si l'héritage dans lequel un mineur a une part indiviſe, ne peut être vendu qu'en Juſtice, à plus forte raiſon celui qui appartient pour le total à un mineur, ne peut être vendu qu'en Juſtice, dans le cas auquel le Juge, ſur un avis de parens, permet de le vendre, qui eſt celui auquel cette vente eſt néceſſaire pour l'acquittement des dettes du mineur, & pour prévenir la ſaiſie réelle de ſes biens.

La principale eſpece de vente en Juſtice, eſt le décret des héritages ſaiſis réellement par des créanciers hypothécaires, ſoit ſur leur débiteur qui en eſt le propriétaire, ſoit ſur le curateur à ſa ſucceſſion vacante, ſoit ſur le curateur créé à l'héritage délaiſſé par un tiers détenteur.

Nous ne parlerons point ici de cette eſpece de vente: elle mérite un traité particulier, & nous en avons traité en notre Introduction au titre 21 de la Coutume d'Orléans.

517. Les ventes en Juſtice ſont ou pures & ſimples, ou faites ſous la condition qu'il ne ſurviendra point d'enchériſſeur; ces dernieres ſont appellées, *remiſes*, *adjudications ſauf.*

Dans les décrets l'adjudication pure & ſimple doit être précédée de trois remiſes ou adjudications ſauf quinzaine, c'eſt-à-dire, d'adjudications faites ſous la condition qu'il ne ſurviendra pas d'enchériſſeur pendant la quinzaine.

Ces adjudications ſauf, ſe pratiquent auſſi dans les autres eſpeces de ventes en Juſtice, telles que les licitations, lorſque les parties le requierent.

Ces ventes ont rapport à celles qu'on appelloit en Droit *addictio in diem*, & dont nous avons traité, *part.* 5, §. 4.

518. La condition ſous laquelle elles ſe contractent eſt ſuſpenſive, & en cela elles different de celles dont nous avons traité *d. loco*; c'eſt pourquoi ces ventes ne ſont point miſes à exécution avant l'échéance de la condition: le domaine de l'héritage ainſi adjugé n'eſt point transféré, ni l'adjudicataire mis en poſſeſſion; & il n'eſt point non plus *pendente hâc conditione*, obligé de payer le prix.

S'il étoit ſurvenu des enchériſſeurs, & que l'adjudicataire, ſauf quinzaine, ayant enchéri au-deſſus d'eux, ſoit encore adjudicataire; en ce cas ce n'eſt pas la premiere adjudication qui lui a été faite qui ſubſiſte, elle a été détruite *defectu conditionis* par les encheres qui ſont ſurvenues; il n'y a que la derniere qui ſubſiſte: c'eſt en vertu de cette derniere qu'il eſt acheteur & qu'il devient propriétaire de l'héritage. C'eſt ce qui eſt ſuppoſé comme certain en la Loi 6, §. 1, *de in diem add.*

519. Obſervez que dans les ventes qui ſont appellées *addictio in diem*, il ſuffiſoit au premier acheteur d'offrir autant que ce qu'avoit offert celui qui avoit enchéri ſur lui, pour lui être préféré pour la ſeconde vente, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 452. Mais dans nos *adjudications ſauf*, il faut que

l'adjudicataire ſauf, ſur qui quelqu'un a enchéri, enchériſſe lui-même ſur cet enchériſſeur.

520. Il y a une différence plus eſſentielle entre l'adjudication ſauf, & l'*addictio in diem* du Droit Romain. Par le Droit Romain, ſi dans le temps réglé par la convention, il n'étoit ſurvenu aucun enchériſſeur, le Magiſtrat n'adjugeoit point de nouveau la choſe vendue à l'acheteur : la premiere vente étoit de plein droit confirmée ; le vendeur ne pouvoit plus, ſans manquer à ſon engagement, vendre la choſe à un plus offrant enchériſſeur. Au contraire, ſelon nos uſages, au jour de l'échéance de la quinzaine, on crie de nouveau l'héritage ; & s'il ne ſurvient point d'enchériſſeur, celui qui pourſuit la vente peut obtenir du Juge une nouvelle remiſe que ne peut empêcher celui à qui l'héritage avoit été adjugé ſauf quinzaine, mais il peut ſeulement demander en ce cas à être déchargé de ſon enchere ou adjudication.

521. Lorſque faute d'enchériſſeur l'héritage eſt adjugé purement & ſimplement à celui à qui il avoit été adjugé ſauf quinzaine, cette nouvelle adjudication n'eſt qu'une confirmation de la premiere, & c'eſt en vertu de la premiere que l'adjudicataire acquiert l'héritage.

Ces adjudications ſauf quinzaine ſont fort différentes d'une ſimple enchere ; une ſimple enchere n'eſt point une vente ; ce n'eſt qu'une ſimple promeſſe, un ſimple engagement par lequel l'enchériſſeur n'achete pas actuellement, mais s'engage d'acheter au cas que ſon enchere ne ſoit pas couverte ; c'eſt pourquoi la choſe enchérie n'eſt pas à ſes riſques, *ſuprà*, *n.* 491.

Au contraire l'adjudication ſauf eſt une vente, non pas à la vérité pure & ſimple, mais ſuſpendue par une condition, & la choſe eſt aux riſques de l'adjudicataire ; *Voyez notre Introduction au tit. 21 de la Coutume d'Orléans*, *n.* 92 & 93.

522. L'engagement qui ſe contracte par une ſimple enchere, & celui qui réſulte de l'adjudication ſauf, ont cela de commun que l'un & l'autre ſe diſſolvent de plein droit auſſi-tôt qu'il y a eu une autre enchere acceptée par le Juge.

Cela auroit lieu quand même celui qui a couvert l'enchere ne pourroit pas payer ; car il n'en eſt pas moins vrai qu'il y a eu une enchere acceptée, & que par conſéquent la condition ſous laquelle le précédent enchériſſeur a contracté, a manqué, le précédent enchériſſeur n'ayant contracté que ſous la condition qu'il ne ſurviendroit pas d'autre enchériſſeur.

Il en ſeroit autrement ſi l'enchere étoit nulle par défaut de forme, ou par l'incapacité de contracter dans l'enchériſſeur ; comme ſi c'étoit une femme qui eût enchéri, ſans être autoriſée de ſon mari ; ou un mineur ſans l'autorité de ſon tuteur ; telles encheres, quoique par erreur acceptées par le Juge, ne déchargent pas le précédent enchériſſeur ; car une enchere nulle n'eſt pas une enchere.

523. Cette regle que l'enchériſſeur eſt de plein droit libéré par une autre enchere acceptée par le Juge, reçoit des exceptions.

Par exemple, par l'Ordonnance des Eaux & Forêts, un enchériſſeur, & même un adjudicataire, peut, dans le temps de vingt-quatre heures, en payant la ſomme dont ſon enchere ſurpaſſe la précédente, renoncer à ſon enchere

enchere ou adjudication, & renvoyer l'adjudication au précédent enchériſſeur, en le lui notifiant dans ledit temps; & celui-ci peut faire la même choſe par rapport à celui qui l'a précédé, *& ſic deinceps* juſqu'au premier.

Delà il réſulte que dans les Sieges des Eaux & Forêts, un enchériſſeur n'eſt pas de plein droit déchargé par l'enchere qu'on met au-deſſus de lui.

Par l'Ordonnance de 1681, ſur les Fermes du Roi, *tit. des Publications, art.* 4, il eſt porté que ſi l'adjudicataire ne donne pas de caution ſuffiſante dans le temps preſcrit, l'adjudication peut être faite au précédent enchériſſeur, ce qui fait pareillement une exception à notre principe.

CHAPITRE III.

De la Vente des droits ſucceſſifs & autres droits attachés à la perſonne du vendeur.

524. ON peut vendre l'hérédité d'un défunt en tout ou en partie.

§. I.

Quelle hérédité peut-on vendre.

525. Il faut que celui dont on vend l'hérédité, ait exiſté, & ſoit mort; car il ne peut y avoir d'hérédité d'un homme qui n'a jamais exiſté, ou qui ſoit encore vivant; L. 1, ff. *de hæred. vend.*; L. 7, ff. *d. tit.*

C'eſt pourquoi ſi par erreur quelqu'un a vendu l'hérédité de ſon parent qu'il croyoit mort, & qu'il ſe trouve vivant, la vente eſt nulle, & ne produit aucune obligation de part & d'autre; *d.* L. 1, ff. *de hered. vend.*

Si l'acheteur a payé par erreur le prix, il en aura la répétition *condictione ſine cauſâ*; car il a payé ſans ſujet, puiſqu'il n'y a point de vente: il aura auſſi la répétition de tout ce qu'il lui en a coûté pour cette fauſſe vente; car le vendeur qui l'a induit en erreur en lui vendant ce qui n'exiſtoit pas, doit réparer le tort qu'il lui a cauſé. Tout ceci eſt conforme à la Loi 8, ff. *de hered. vend.*

526. Pourroit-on vendre l'hérédité future d'une perſonne? La raiſon de douter eſt qu'il a été établi en la premiere Partie de ce Traité, *n.* 5, qu'on peut vendre les choſes dont on eſpere la future exiſtence; comme lorſque nous vendons avant la récolte le vin que nous recueillerons. La raiſon de décider eſt, que cette regle ſouffre exception à l'égard des choſes qu'il eſt contre la décence & les bonnes mœurs d'eſpérer, telle qu'eſt une ſucceſſion future qu'on ne pourroit eſpérer qu'en eſpérant la mort de la perſonne qui doit y donner ouverture, ce que les bonnes mœurs ne permettent pas. Notre déciſion eſt conforme à celle des Juriſconſultes Romains, qui ont condamné comme contraire aux bonnes mœurs toutes ſortes de conventions ſur les ſucceſſions futures; L. 19; L. *fin. Cod. de pact.* Suivant les Loix Romaines,

ces conventions étoient interdites, même dans les contrats de mariage; L. 15, *Cod. de pact.* Dans notre Droit, la faveur de ces contrats les y a fait admettre; mais nous ne les admettons point ailleurs; *Voyez notre Traité des Oblig. n.* 132.

527. La vente d'une hérédité n'eſt pas valable, s'il n'y a pas encore d'hérédité. Mais il n'eſt pas néceſſaire, pour que la vente ſoit valable, que l'hérédité appartienne au vendeur; car ſelon les principes établis en la premiere Partie, *n.* 7, la vente qu'une perſonne fait de la choſe d'autrui, eſt valable; *res aliena vendi poteſt.* C'eſt pourquoi celui qui vend des droits ſucceſſifs qui ne lui appartiennent point, *putà* parce qu'il n'eſt pas en degré de ſuccéder, ou qu'il n'eſt héritier que pour une moindre partie que celle qu'il a vendue, contracte valablement & s'oblige à faire avoir à l'acheteur la valeur de cette hérédité qu'il a vendue, c'eſt-à-dire, tout ce qu'il auroit eu, ſi l'hérédité lui avoit effectivement appartenu; L. 8, ff. *de hered. vend.*

528. Si quelqu'un n'avoit pas vendu préciſément l'hérédité d'une perſonne, mais ſes prétentions à cette hérédité, pour que l'acheteur les exerçât à ſes riſques, & ſans garantir à l'acheteur que l'hérédité lui appartient effectivement; en ce cas, s'il eſt jugé contre l'acheteur que l'hérédité n'appartenoit pas à ſon cédant, le vendeur ne ſera tenu à rien envers l'acheteur, pas même à la reſtitution du prix; car ce n'eſt pas préciſément l'hérédité qui a été vendue, ce ſont les prétentions du vendeur, telles qu'elles ſont, bien ou mal fondées; *non hereditas, ſed incertum hereditatis vœniit;* c'eſt un haſard qui a fait l'objet du contrat, comme lorſqu'on achette le coup de filet d'un pêcheur; L. 10 & L. 11, ff. *de hered. vend.*

Si néanmoins le vendeur avoit vendu ſes prétentions, ayant connoiſſance qu'elles étoient mal fondées; quoiqu'il les eût vendues avec déclaration expreſſe qu'il n'entendoit pas garantir que la ſucceſſion lui appartînt, il ſera tenu, à cauſe de ſon dol, à la reſtitution du prix; & il doit en outre indemniſer l'acheteur de tout ce qu'il lui a coûté; L. 12, ff. *d. tit.*

§. II.

Que comprend la vente d'une hérédité.

529. Lorſqu'on vend une hérédité, ce n'eſt pas le titre & la qualité d'héritier qu'on vend; ce titre & cette qualité ſont attachés à la perſonne de l'héritier, & ne peuvent s'en ſéparer; d'où il ſuit qu'ils ne peuvent ſe vendre: car comme perſonne ne peut s'obliger à l'impoſſible, je ne puis m'obliger envers un autre à lui faire avoir une choſe, qui par ſa nature ne peut ſubſiſter dans une autre perſonne que dans la mienne.

Que vend-on quand on vend l'hérédité d'un défunt? On vend tout ce qui en eſt provenu & proviendra. Lorſque je vends mes droits ſucceſſifs en la ſucceſſion de quelqu'un, je vends tout l'émolument que j'ai retiré de cette ſucceſſion, & tout celui que je pourrai en retirer; en un mot, tout l'actif, à la charge par l'acheteur de me décharger de toutes les dettes & charges de la ſucceſſion, & de m'en indemniſer.

De ces principes, il ſuit que l'héritier qui a vendu ſes droits ſucceſſifs,

n'en demeure pas moins héritier, & qu'il n'eſt point, par cette vente, libéré des engagemens qu'il a contractés en acceptant la ſucceſſion : il demeure par conſéquent obligé envers les créanciers de la ſucceſſion, & envers les légataires ; & il peut être pourſuivi par les uns & les autres, ſauf ſon recours contre l'acheteur, qui doit l'en acquitter ; L. 2, *Cod. de hered. vend.*

§. III.

Quels ſont les engagemens du vendeur.

530. La vente des droits ſucceſſifs ou d'une hérédité, comprenant, ſuivant les principes établis au §. précédent, tout ce qui en eſt provenu & en proviendra, c'eſt-à-dire, tout l'émolument que le vendeur en a recueilli, & tout ce qu'il en pourra recueillir, il s'enſuit que ſon engagement conſiſte à livrer à l'acheteur toutes les choſes qu'il a, provenantes de la ſucceſſion, non-ſeulement celles qui exiſtoient au temps de la ſucceſſion échue, & qui ont appartenu au défunt, mais tout ce qui eſt né & provenu de ces choſes depuis la ſucceſſion échue, c'eſt-à-dire, tout ce qui a été exigé des débiteurs, tous les fruits, tant naturels que civils, que l'héritier vendeur a perçus des choſes de la ſucceſſion. C'eſt ce que décide Ulpien, en la Loi 2, §. 1, ff. *de hered. vend. Utrùm ea quantitas ſpectatur quæ fuit mortis tempore, an ea quæ fuit quum hereditas vendetur? Et verius eſt hoc eſſe ſervandum quod actum eſt ; plerumque autem hoc agi videtur ut quod ex hereditate pervenit, in id tempus quo venditio fit, id videatur veniſſe ; d.* L. 2, §, 1.

531. Le vendeur contractant l'engagement de livrer à l'acheteur toutes les choſes qu'il a, provenantes de la ſucceſſion au temps du contrat de vente, il s'enſuit qu'il eſt obligé de lui conſerver toutes ces choſes. Il ne peut donc, ſans contrevenir à ſon engagement, en diſpoſer : néanmoins comme l'héritier qui a vendu ſes droits ſucceſſifs, demeure toujours propriétaire des choſes de la ſucceſſion, juſqu'à ce qu'il les ait livrées à l'acheteur ; s'il en diſpoſe contre la foi de ſon engagement, il en transfere la propriété à ceux au profit de qui il les aura aliénés ; mais il en demeurera débiteur envers l'acheteur des droits ſucceſſifs, tout comme s'il n'en avoit pas diſpoſé ; & faute de pouvoir les lui livrer, parce qu'il en a diſpoſé, il ſera condamné envers lui en ſes dommages & intérêts ; L. 6, *Cod. de hered. vend.*

532. Si la choſe que le vendeur a vendue à un tiers depuis le contrat de vente de ſes droits ſucceſſifs, a, par la ſuite, péri par un cas fortuit, l'acheteur des droits ſucceſſifs peut-il prétendre le prix que l'heritier en a reçu de celui à qui il l'a vendue ? La raiſon de douter ſe tire de ce que nous venons de dire, que l'héritier qui a vendu cette choſe, eſt démeuré débiteur de cette choſe comme il l'étoit avant que de la vendre ; n'ayant pu en la vendant charger par ſon fait ſon obligation ; l'acheteur des droits ſucceſſifs étant donc créancier de la choſe plutôt que du prix, ſa créance paroît devoir s'éteindre par l'extinction de la choſe, ſuivant le principe, *Obligatio extinguitur rei debitæ interitu* ; telles ſont les raiſons de douter que Paul propoſe en la Loi 21, ff. *de hered. vend.* nonobſtant leſquelles il décide que l'acheteur des droits

ſucceſſifs peut en ce cas demander le prix pour lequel l'héritier l'a vendue. La raiſon eſt, qu'il demeure à la vérité créancier de cette choſe même, nonobſtant la vente que l'héritier en a faite, mais il eſt auſſi créancier du prix pour lequel elle a été vendue, de maniere néanmoins qu'il ne puiſſe exiger l'un & l'autre enſemble. Pourquoi cela ? C'eſt que l'héritier eſt débiteur envers cet acheteur des droits ſucceſſifs, de tout ce qu'il acquiert comme héritier ; or c'eſt comme héritier qu'il a vendu cette choſe dépendante de la ſucceſſion, & qu'il en a reçu le prix ; il eſt donc débiteur de ce prix envers l'acheteur des droits ſucceſſifs.

En cela un vendeur de droits ſucceſſifs eſt différent d'un vendeur de choſes particulieres ; car ſi vous m'avez vendu une choſe particuliere que vous avez depuis, contre la foi du contrat de vente, vendue & livrée à un tiers, & que cette choſe ſoit depuis périe par un cas fortuit, vous êtes entiérement libéré de votre obligation, & je ne puis vous demander le prix que vous en avez reçu du ſecond acheteur ; car il n'y avoit que la choſe qui me fût due.

Obſervez que de votre côté vous ne pouvez pas me demander le prix pour lequel vous me l'avez vendue, & que je ſuis même en droit de le répéter, ſi je l'ai payé ; car ne m'étant engagé à vous le payer qu'autant que vous ſeriez fidele de votre part à votre engagement, en y contrevenant par la vente que vous avez faite à un autre de la choſe que vous m'aviez vendue, vous m'avez déchargé du mien.

533. Il reſte à obſerver qu'à l'égard des choſes qui ſe trouvoient parmi les effets de la ſucceſſion lors de la vente que l'héritier a faite de ſes droits ſucceſſifs, qu'il n'eſt garant envers l'acheteur que de ſes faits pour raiſon deſdites choſes ; car en vendant l'hérédité, il ne vend ces choſes qu'entant & de la maniere qu'elles appartiennent à l'hérédité. C'eſt ce qui eſt décidé en la Loi 2, ff. *dict. tit. Venditor hereditatis ſatiſdare de evictione non debet ; cùm id agatur ut nec amplius nec minus juris emptor habeat quàm apud heredem futurum eſſet : planè de facto ſuo ſatiſdare cogendus eſt.*

534. Nous avons vu à quoi s'étend l'engagement d'un vendeur de droits ſucceſſifs par rapport aux choſes de la ſucceſſion qu'il avoit lors du contrat de vente. A l'égard de celles qu'il n'avoit plus lors de la vente, il faut diſtinguer celles dont il a diſpoſé, ou qu'il a conſommées pour ſon uſage, & celles qui ſont péries.

Quant à celles dont il a diſpoſé ; s'il les a vendues, il n'eſt pas douteux qu'il doit faire raiſon à l'acheteur du prix qu'il les a vendues ; car il doit faire raiſon de tout le profit qu'il a retiré de la ſucceſſion.

Il doit même faire raiſon à l'acheteur des droits ſucceſſifs, de l'eſtimation des choſes de la ſucceſſion dont il a diſpoſé par donation, & de celles qu'il a conſommées pour ſon uſage : *Rerum ante venditionem donatarum pretia præſtari æquitatis ratio exigit ;* L. 2, §. 3, ff. *de hered. vend.* La raiſon eſt qu'il doit faire raiſon à l'acheteur de tout ce qui lui eſt parvenu de la ſucceſſion : *Hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur veniſſe, d.* L. 2, §. 1. Or ces choſes lui ſont parvenues, quoique par la ſuite il en ait diſpoſé, ou qu'il les ait conſommées.

A l'égard de celles qui ſont péries avant la vente, l'héritier n'en eſt pas tenu envers l'acheteur ; car la perte des effets de la ſucceſſion doit tomber ſur l'acheteur : la perte comme le profit le regarde. On ne doit point en ce cas diſtinguer, ſi c'eſt par la faute de l'héritier, ou ſans ſa faute, qu'elles ſont péries ; car l'héritier qui étoit propriétaire de ces choſes, & ne les devoit pour lors à perſonne, n'étoit pour lors obligé à aucun ſoin de ces choſes, & par conſéquent il ne pouvoit pour lors commettre aucune faute à leur égard.

335. Si l'héritier, quoiqu'avant la vente de ſes droits ſucceſſifs, a accepté la ſucceſſion de quelqu'un des débiteurs de l'hérédité qu'il a vendue ; quoique cette dette fût éteinte lors du contrat de vente par la confuſion qui s'en étoit faite par l'acceptation de la ſucceſſion de ce débiteur, il ne laiſſe pas d'être tenu de faire raiſon de cette dette à l'acheteur ; car il eſt cenſé en avoir été payé par la ſucceſſion du débiteur qu'il a acceptée : *Additio hereditatis pro ſolutione cedit ;* L. 95, §. 2, *de ſolut.*

Cela a lieu quand même ce débiteur, dont la ſucceſſion a été imprudemment acceptée, ſeroit mort inſolvable ; car toute ſucceſſion eſt réputée ſolvable lorſqu'elle eſt acceptée : *Non poteſt videri hereditas ſolvendo non eſſe, quæ invenit heredem ;* L. 36, ff. *de bon. libert.*

536. A l'égard des dettes actives de la ſucceſſion qui n'ont pas encore été payées, l'héritier qui a vendu la ſucceſſion n'eſt tenu à autre choſe envers l'acheteur qu'à lui remettre les titres deſdites dettes, pour que ledit acheteur s'en faſſe payer à ſes riſques comme ceſſionnaire de l'héritier, en ſignifiant aux débiteurs ſa ceſſion.

L'héritier vendeur n'eſt tenu envers l'acheteur de l'inſolvabilité des débiteurs, que dans le cas auquel le débiteur ſeroit devenu inſolvable depuis que l'héritier auroit été en demeure de délivrer à l'acheteur les titres néceſſaires pour le faire payer, & que cette demeure de l'héritier auroit empêché l'acheteur de ſe procurer le paiement, pendant que le débiteur étoit encore ſolvable.

537. Si l'héritier étoit débiteur envers le défunt dont il a vendu l'hérédité, doit-il faire raiſon à l'acheteur des droits ſucceſſifs de ce qu'il devoit au défunt ? Oui : ainſi le décide la Loi 20, §. 1, ff. *de hered. vend.* La raiſon eſt qu'il doit faire raiſon de tout ce qui lui eſt parvenu de la ſucceſſion : or la libération de ſa dette eſt un émolument qui lui eſt provenu de la ſucceſſion, puiſque c'eſt la ſucceſſion qui lui en a procuré la libération. Mornac, *ad d.* L. eſt néanmoins d'avis contraire, mais mal-à-propos.

Par la même raiſon, ſi l'héritage de l'héritier étoit ſujet à une ſervitude envers l'héritage du défunt, l'héritier doit rétablir cette ſervitude qui a été confuſe & éteinte par ſon acceptation de la ſucceſſion ; car il doit faire raiſon à l'acheteur des droits ſucceſſifs de tout le profit qui lui eſt parvenu de la ſucceſſion : or la libération de la ſervitude dont ſon héritage étoit chargé, eſt un profit qui lui eſt provenu de la ſucceſſion, & dont il ne peut mieux faire raiſon à l'acheteur qu'en rétabliſſant la ſervitude.

538. Si l'héritier a reçu quelque ſomme de quelqu'un qui s'eſt fauſſement perſuadé la devoir à la ſucceſſion, ſoit qu'il l'ait reçue avant le contrat de vente, ſoit depuis, il n'eſt pas obligé d'en tenir compte à l'acheteur des droits

ſucceſſifs ; car quoique cette ſomme ſoit parvenue à l'héritier à l'occaſion de la ſucceſſion, néanmoins elle ne lui eſt pas parvenue de la ſucceſſion à qui elle n'étoit pas due ; il la tient plutôt de l'erreur de celui qui l'a payée, que de la ſucceſſion. C'eſt la déciſion de la Loi 2, §. 7, ff. *de hered. vend.*, où il eſt dit, *hoc ſervari, ut heres emptori non præſtet quod non debitum exegerit.*

Obſervez que cette déciſion ne peut avoir lieu *in praxi*, que lorſque l'héritier ayant découvert l'erreur, a rendu la ſomme à celui qui l'a induement payée. S'il la retenoit, il ne ſeroit pas recevable à ſoutenir qu'elle n'étoit pas due à la ſucceſſion ; car on lui répondroit, pourquoi la retenez-vous donc ?

539. Il arrive quelquefois qu'un héritier, en vendant ſes droits ſucceſſifs, ſe réſerve certains effets de la ſucceſſion, *putà* certains héritages de la ſucceſſion : il n'eſt pas douteux que l'acheteur ne peut demander l'effet ou l'héritage qui a été excepté, ni les fruits que l'héritier vendeur en a perçus depuis le contrat de vente ; mais peut-il demander ceux que l'héritier a perçus avant le contrat de vente ? Labéon, en la Loi 25, ff. *de hered. vend.*, décide qu'il le peut. La raiſon eſt que ces fruits, par leur perception, ont acquis un être diſtinct & ſéparé de l'héritage ſur lequel ils ont été recueillis : ils ne ſe trouvent donc point compris dans l'exception qui a été faite de cet héritage, dont ils avoient ceſſé de faire partie ?

§. IV.

Quels ſont les engagemens de l'acheteur.

540. L'acheteur des droits ſucceſſifs, eſt obligé de payer le prix convenu de la ceſſion. Outre cela, il eſt obligé d'indemniſer l'héritier de qui il a acheté les droits ſucceſſifs, de tout ce qu'il lui en a coûté, & de tout ce qui pourroit lui coûter par la ſuite pour raiſon de la ſucceſſion : par exemple, de ce qu'il a payé pour les frais funéraires, de ce qu'il a payé aux créanciers de la ſucceſſion, aux légataires pour le centieme denier, pour les profits, *&c.*, pour des réparations, *&c.*

Non-ſeulement il eſt obligé de le rembourſer de tout ce qu'il a débourſé, mais il eſt obligé de lui exhiber & rapporter quittance ou décharge des créanciers de la ſucceſſion envers leſquels l'héritier, comme nous l'avons obſervé ci-deſſus, demeure toujours obligé, nonobſtant la vente qu'il a faite de ſes droits ſucceſſifs. Le temps par lequel il doit rapporter cette décharge, eſt à la diſcrétion du Juge, qui le regle ſelon les circonſtances.

541. Si l'héritier qui a vendu ſes droits ſucceſſifs, eſt devenu, ſoit avant, ſoit depuis le contrat, héritier de quelqu'un des créanciers de la ſucceſſion, ou de quelqu'un des légataires, l'acheteur des droits ſucceſſifs doit lui faire raiſon de cette dette. Ainſi le décide Labéon, en la Loi 24, ff. *de hered. vend.* La raiſon eſt qu'en acceptant la ſucceſſion d'un créancier de celle que je vous ai vendue, j'ai acquitté à mes dépens la ſucceſſion que je vous ai vendue. Ceci s'éclaircit par un exemple : je vous ai vendu mes droits ſucceſſifs en la ſucceſſion de Pierre : j'ai été héritier de Jacques, créancier de Pierre, d'une ſomme de

dix mille livres. Jacques, lors de ſa mort, avoit cent mille livres de bien, y compris cette créance de dix mille livres. En devenant héritier de Jacques, il ſe fait confuſion & extinction de cette dette de dix mille livres, que je dois, comme héritier de Pierre, à la ſucceſſion de Jacques, dont je deviens auſſi héritier. Au moyen de cette confuſion, je ne trouve plus que 90000 livres dans la ſucceſſion de Jacques, au lieu de cent mille livres que j'aurois trouvées ſi je n'euſſe pas été l'héritier de Pierre, & ſi je n'euſſe pas fait confuſion de cette dette. La confuſion & extinction de cette dette me coûte donc dix mille livres, & par conſéquent l'acheteur de mes droits ſucceſſifs en la ſucceſſion de Pierre, à qui cette extinction de dette profite, doit m'en acquitter.

542. Lorſque l'héritier étoit créancier du défunt, dont il a vendu l'hérédité, l'acheteur doit pareillement lui faire raiſon de ſa créance, qui s'eſt confuſe & éteinte par l'adition d'hérédité; car il doit lui faire raiſon de tout ce qu'il lui en a coûté pour la ſucceſſion. Or il lui en a coûté l'extinction de cette créance; L. 2, §. 18, ff. *de hered. vend.* Mornac, *ad h.* §. eſt néanmoins d'avis contraire, mais il a tort.

Il en ſeroit autrement ſi la dette du défunt étoit une dette dont il ne pouvoit être tenu que pendant ſa vie, & qui ne paſſât pas à ſon héritier. Comme s'il s'étoit rendu caution pour quelqu'un, à la charge de ne pouvoir être tenu de ce cautionnement que pendant ſa vie, le créancier d'une pareille dette, qui ſeroit devenu héritier de ſon débiteur, ne pourroit pas s'en faire rembourſer par l'acheteur des droits ſucceſſifs; car c'eſt la mort de ſon débiteur, & non l'adition de ſon hérédité qui a éteint cette dette.

543. Si quelque héritage de la ſucceſſion devoit une ſervitude à un héritage de l'héritier, l'acheteur des droits ſucceſſifs à qui cet héritage de la ſucceſſion a été livré, doit la rétablir; L. 2, §. 19, ff. *de hered. vend.*; L. 9, ff. *comm. præd.*; car l'héritier l'ayant perdue par la confuſion qu'en a opéré ſon adition d'hérédité, il en doit être indemniſé par l'acheteur, qui doit l'indemniſer de tout ce qu'il lui en a coûté pour être héritier.

544. Si l'héritier a payé ce qu'il s'étoit fauſſement perſuadé être dû par la ſucceſſion, il n'en a aucune répétition contre l'acheteur des droits ſucceſſifs. C'eſt ce qui eſt décidé en la Loi 2, §. 7, ff. *de hered. vend. Hoc ſervari ut heres emptori non præſtet quod non debitum exegerit, neque ab eo conſequatur quod non debitum præſtiterit.* Néanmoins s'il a été condamné par Sentence en qualité d'héritier à payer une ſomme, l'acheteur eſt obligé de lui en faire raiſon, quoiqu'il ait été mal condamné, & que cette ſomme ne fût pas due; car il doit être indemniſé de tout ce qu'il lui en a coûté en qualité d'héritier; & l'acheteur ne peut pas lui oppoſer, comme dans le cas précédent, qu'il a eu tort de payer cette ſomme, puiſque ayant été condamné, il n'a pu s'en diſpenſer. C'eſt ce qui eſt décidé en ladite Loi 2, §. 7, ff. *d. tit. Si condemnatus præſtiterit, heredi ſufficit eſſe eum condemnatum ſine dolo malo ſuo, etiamſi maximè creditor non fuerit is cui condemnatus eſt*; *d.* §. 7.

Cette déciſion a lieu ſur-tout lorſque la condamnation eſt intervenue avant le contrat de vente: lorſqu'il n'a été aſſigné que depuis, il doit mettre en cauſe l'acheteur des droits ſucceſſifs.

§. V.

Si depuis la ceſſion qu'un héritier pour partie a faite à quelqu'un de ſes droits ſucceſſifs, ſon cohéritier renonce à la ſucceſſion, la part de ce renonçant accroît-elle pour le profit comme pour les charges, au cédant ou au ceſſionnaire.

545. Cette queſtion eſt difficile & eſt très-controverſée entre les Docteurs. Barthole, *ad* L. *re conjuncti ;* Duaren, *tract. de jure accr. 16, 6,* & quelques autres Docteurs, tiennent pour le ceſſionnaire. Leurs raiſons ſont, 1°. que celui qui vend une choſe, vend tout ce qui en fait partie & en eſt une dépendance naturelle & eſſentielle. Or lorſque j'accepte une ſucceſſion qui m'eſt déférée pour partie, le droit ſucceſſif que j'acquiers par mon acceptation, renferme le droit d'avoir par accroiſſement la portion de mon cohéritier. Au cas qu'il répudie la ſucceſſion, ce droit d'accroiſſement fait partie de mon droit ſucceſſif, il en eſt une dépendance eſſentielle & inſéparable : il doit donc être cenſé compris dans la vente que j'ai faite de mon droit ſucceſſif.

Il y a d'autant plus de raiſon de le décider ainſi, que la portion de mon cohéritier qui m'accroît par ſa renonciation, eſt cenſée m'être acquiſe, non pas ſeulement du jour de cette renonciation, mais dès l'inſtant de la mort du défunt, qui, au moyen de cette renonciation, eſt cenſé m'avoir ſaiſi ſeul du total de la ſucceſſion. C'eſt pourquoi cette part qui m'accroît par la renonciation de mon cohéritier, m'appartenoit déja au temps de la vente que j'ai faite de mon droit ſucceſſif : on ne peut donc pas douter qu'elle n'en fît dès-lors partie, & qu'elle ne ſoit par conſéquent compriſe dans la vente que j'en ai faite.

2°. C'eſt un principe établi au §. 3, *ſuprà*, que celui qui a vendu ſon droit ſucceſſif, eſt tenu de faire raiſon à l'acheteur, généralement de tout ce qui lui parvient par la ſuite en vertu du droit ſucceſſif qu'il a vendu : *Non ſolùm quod jam pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit reſtituendum eſt ;* L. 2, §. 4, ff. *de hered. vend.* Or c'eſt en vertu du droit ſucceſſif que j'ai vendu, que la part de mon cohéritier qui renonce, me parvient par droit d'accroiſſement ; l'acheteur eſt donc bien fondé à me demander que je lui en faſſe raiſon.

C'eſt pareillement un principe établi au §. 4, que celui qui a vendu ſon droit dans une ſucceſſion, doit être acquitté par l'acheteur généralement de tout ce qu'il pourroit être par la ſuite obligé de payer par rapport à cette ſucceſſion : *Si venditor quoquo nomine obligatus ſit propter hereditatem, agere poteſt cum emptore ;* d. L. 2, §. 20. Donc lorſque j'ai vendu mon droit ſucceſſif, je ſuis bien fondé à demander que l'acheteur m'acquitte des dettes de la ſucceſſion, non-ſeulement pour la part qui m'avoit d'abord été déférée, mais même pour la part qui m'eſt accrue par la renonciation de mon cohéritier à la ſucceſſion, en offrant à l'acheteur de lui délaiſſer tout ce qui m'eſt parvenu de cette part.

3°. C'eſt un principe que dans les ſucceſſions & dans les legs de propriété d'une choſe, la portion du cohéritier ou du colégataire qui renonce, accroît à la

à la portion de celui qui a accepté, plutôt qu'à ſa perſonne ; à la différence des legs d'uſufruit dans leſquels l'accroiſſement ſe fait à la perſonne du légataire ; *Portio fundi (legati) velut alluvio portioni, perſonæ fructus accreſcit ;* L. 33, ff. *de uſufr.* Donc lorſque j'ai vendu mon droit ſucceſſif, l'accroiſſement de la part de mon cohéritier qui renonce, doit ſe faire à l'acheteur par-devers qui ſe trouve la portion à laquelle cette part doit accroître. Cet argument a paru à Duaren une démonſtration contre laquelle, ſelon lui, on ne peut rien oppoſer de raiſonnable. Envain, dit-il, oppoſeroit-on que celui qui a vendu ſon droit ſucceſſif, demeure toujours l'héritier ; qu'il eſt même cenſé toujours conſerver la portion héréditaire qu'il a vendue, puiſqu'il en a le prix qui lui a été payé par l'acheteur ; que ce prix repréſente tellement la choſe, qu'il eſt dit en la Loi 4, §. *fin. ſi quis omiſſa cauſ.* : *Si quis vendiderit hereditatem, utique poſſidere videtur ;* car le Juriſconſulte ayant comparé cet accroiſſement à l'accroiſſement naturel d'une alluvion, fait aſſez connoître que cet accroiſſement doit ſe faire, non au vendeur par-devers qui la portion à laquelle la part du renonçant doit accroître, eſt cenſée être *fictione quadam & interpretatione juris*, mais à l'acheteur par-devers qui ſe trouve réellement & effectivement cette portion : on ne diſputeroit pas à un acheteur de droits ſucceſſifs, l'accroiſſement naturel qui ſe feroit par alluvion à un héritage de la ſucceſſion ; on ne doit pas plus lui diſputer l'accroiſſement de la part du renonçant, puiſque le Juriſconſulte dit que ces accroiſſemens ont le même effet.

Duaren, pour confirmer de plus en plus ſon principe, dit que ce n'eſt pas à celui qui ne conſerve que le titre d'héritier, mais à celui à qui les droits ſucceſſifs de cet héritier ſont effectivement paſſés, que doit accroître la portion du cohéritier renonçant, rapporte l'exemple d'un héritier qui a été contraint par le Préteur d'accepter une ſucceſſion aux riſques d'un fidéicommiſſaire, envers qui il étoit grevé de reſtituer la portion pour laquelle il avoit été inſtitué. La Loi 43, ff. *ad Trebell.* ſuppoſe comme un droit conſtant que la part d'un cohéritier renonçant, accroît au fidéicommiſſaire. Il allegue auſſi celui d'un héritier dont les droits ſucceſſifs ont été confiſqués à cauſe de ſon indignité ; ce n'eſt pas à lui, quoiqu'il conſerve le titre d'héritier, mais au fiſc qu'accroît la part de ſon cohéritier qui répudie la ſucceſſion ; L. 83, ff. *de acq. hered.*

L'opinion contraire a été embraſſée par Cujas, *Obſ. XII*, 13, & ſuivie par pluſieurs autres Docteurs cités par Fachin., *Controv. v.* 101. La raiſon principale ſur laquelle elle eſt fondée, eſt que tout marché, toute convention ne renferme que les choſes que les parties contractantes ont eues en vue, & dont il eſt vraiſemblable qu'elles ont eu intention de traiter ; L. 9, §. *de tranſact. & paſſim.* Or lors qu'un héritier pour partie vend à quelqu'un ſes droits ſucceſſifs avant que ſon cohéritier ait pris qualité, il eſt vraiſemblable que les parties contractantes n'entendoient traiter que de la portion que le vendeur paroiſſoit avoir alors dans la ſucceſſion. Cela paroît ſur-tout lorſque le contrat porte que cet héritier a vendu *ſa part* en la ſucceſſion d'un tel ; car ces termes, *ſa part*, font aſſez connoître que les parties n'ont entendu traiter que d'une *part*, ſçavoir de celle que le vendeur avoit de ſon chef en la ſucceſſion, & qu'elles n'ont point entendu traiter du total de la ſucceſſion, quoiqu'il pût arriver que

par la répudiation de ſon cohéritier, le total de la ſucceſſion appartînt par la ſuite au vendeur.

Quand même on ne ſe ſeroit pas ſervi dans le contrat de vente du terme de *part*, & qu'il ſeroit dit en termes généraux, que cet héritier a vendu *ſes droits en la ſucceſſion d'un tel*, même en ce cas il eſt vraiſemblable que les parties n'ont traité que de la part que l'héritier paroiſſoit avoir dans la ſucceſſion lors du contrat de vente qu'il a fait de ſes droits ſucceſſifs, & non de celle qui eſt accrue par la renonciation de ſon cohéritier; car les parties n'ayant pu deviner lors du contrat, que le cohéritier renonceroit par la ſuite à la ſucceſſion, ne s'étant point attendues à cette renonciation, & ne l'ayant point prévue, il s'enſuit qu'elles n'ont traité que de la part qu'avoit alors l'héritier qui vendoit ſes droits ſucceſſifs, & non de celle qui lui eſt échue depuis par la renonciation de ſon cohéritier: *Neque enim pacto continetur id de quo cogitatum non eſt; d. leg.* 9, §. *fin.*

A l'égard des moyens allégués pour la premiere opinion, on répond au premier en diſant: J'accorde que la renonciation de mon cohéritier a un effet rétroactif; que je ſuis cenſé avoir été ſaiſi dès le temps de la mort du défunt de la part qui m'eſt accrue par ſa renonciation; que par conſéquent elle faiſoit partie de mon droit ſucceſſif lors du contrat de vente que j'en ai fait; mais il ne s'enſuit pas pour cela que j'aie vendu cette part, car elle faiſoit partie de mon droit ſucceſſif ſans que je le ſçuſſe alors, & je n'ai voulu vendre que ce que je ſçavois avoir, & non pas ce que j'avois ſans le ſçavoir.

On répond au ſecond moyen, que la Loi oppoſée qui dit: *Quod quandoque pervenerit reſtituendum eſt*, s'entend, *de eo quod pervenerit ex eâ hereditatis parte quæ væniit.* Pareillement celle qui dit que l'acheteur des droits ſucceſſifs doit indemniſer le vendeur: *Si quoquo nomine obligatus ſit propter hereditatem*, s'entend, *propter eam hereditatis partem quæ væniit.*

On répond au troiſieme moyen, que lorſque quelqu'un vend ſon droit ſucceſſif, ou ſa part en une ſucceſſion, c'eſt moins le droit même, que l'émolument qui eſt provenu & qui proviendra par la ſuite de ce droit qu'il vend, à la charge par l'acheteur de l'indemniſer des charges; car ce droit ſucceſſif étant attaché à la perſonne de l'héritier, & en étant tellement inſéparable, que nonobſtant la vente qu'il en fait, il demeure toujours héritier, & en cette qualité obligé envers les créanciers de la ſucceſſion: il s'enſuit que le droit en lui-même ne peut paſſer à l'acheteur. D'où il ſuit pareillement que ſuivant la maxime *portio repudiantis portioni accreſcit;* l'accroiſſement de la portion du cohériter renonçant doit ſe faire à l'héritier vendeur, par-devers qui, nonobſtant la vente, eſt toujours demeurée ſa part en la ſucceſſion à laquelle la portion du renonçant doit accroître, & non à l'acheteur par-devers qui cette part n'eſt pas.

A l'égard de l'objection qu'on tire de la comparaiſon qui eſt en la Loi 33, *de uſufr.*; on répond que les comparaiſons, ſur-tout en Droit, ne ſont pas ordinairement adéquates. Le Juriſconſulte a voulu remarquer une différence entre l'accroiſſement qui avoit lieu entre des cohéritiers ou des colégataires en propriété, & entre des colégataires dans un uſufruit. Celui-ci ſe fait *perſonæ*; quoiqu'un légataire ait perdu ſa part dans l'uſufruit légué, il ne laiſſe pas

d'être admis à l'accroiſſement des portions qui viennent à défaillir par la ſuite, parce que cet accroiſſement ſe fait *perſonæ*; au-lieu qu'entre cohéritiers & colégataires en propriété, l'accroiſſement ſe fait *rei*. C'eſt pourquoi ſi après que j'ai renoncé à une ſucceſſion, un de mes cohéritiers y renonce, il n'y aura qu'à ceux de mes cohéritiers qui l'ont acceptée, que ſa part accroîtra, & non pas à moi qui ai répudié la mienne, parce que l'accroiſſement ſe fait *rei*, de même que l'accroiſſement qui ſe fait par une alluvion: ce n'eſt que ſur cela que tombe la comparaiſon; mais ce ſont au ſurplus des accroiſſemens d'une nature différente. L'accroiſſement d'une alluvion eſt un accroiſſement phyſique qui ne peut ſe faire qu'à un corps réel; mais l'accroiſſement de la part d'un cohéritier qui renonce, eſt un accroiſſement civil & moral, qui ſe fait à un être civil & moral, telle qu'eſt ma part en la ſucceſſion, qui eſt cenſée demeurer par-devers moi, nonobſtant la vente que j'ai faite de mon droit.

A l'égard de l'objection tirée de la Loi 43, ff. *ad Trebell.* Cujas répond, que ſi l'héritier qui a été contraint par le Préteur d'accepter la ſucceſſion pour la part en laquelle il a été inſtitué aux riſques du fidéicommiſſaire, à qui il a été chargé de la reſtituer, eſt privé de la part qui accroît par la renonciation, c'eſt par un droit particulier, fondé ſur ce qu'ayant mépriſé l'honneur que le défunt lui avoit fait de l'inſtituer héritier, il ne doit rien retenir de cette ſucceſſion, & doit tout reſtituer au fidéicommiſſaire; mais cette déciſion ne doit pas être tirée à conſéquence, & Cujas ſoutient que ſi l'héritier avoit excepté volontairement, & reſtitué *ex Trebell. Senatus-Conſulto* la part en laquelle il a été inſtitué & qu'il étoit chargé de rendre, il en ſeroit autrement.

Cujas répond de même à l'objection tirée de l'héritier indigne, que c'eſt par une raiſon particuliere tirée de l'indignité de cet héritier, qu'il ne jouit pas du droit d'accroiſſement.

ARTICLE II.

De la vente d'un droit d'uſufruit, & autres droits attachés à la perſonne du vendeur.

456. Le droit d'uſufruit d'une choſe peut être vendu, ou par le propriétaire de la choſe, ou par l'uſufruitier au propriétaire de la choſe, ou par l'uſufruitier à un tiers.

§. I.

De la vente du droit d'uſufruit par le propriétaire de la choſe.

547. Il n'eſt pas douteux que le propriétaire d'une choſe peut en vendre à quelqu'un l'uſufruit & en diſpoſer à quelque titre que ce ſoit. Comment, dira-t-on, cela peut-il ſe faire? car l'uſufruit étant, ſuivant la définition qu'on en donne, le droit de jouir de la choſe d'autrui, *jus utendi fruendi re alienâ*; ce droit ne peut ſubſiſter en la perſonne du propriétaire: comment peut-il donc vendre & diſpoſer de ce qu'il n'a pas? La réponſe eſt que le droit d'uſufruit conſidéré dans ſa forme de droit de ſervitude, ne peut à la vérité ſubſiſter

dans la perſonne du propriétaire ; mais le fond & la ſubſtance de ce droit, qui conſiſte dans celui de jouir de la choſe & d'en percevoir les fruits, ſubſiſte en la perſonne du propriétaire, & eſt renfermé dans ſon droit de propriété, tant qu'il n'en a pas encore été détaché. Lors donc qu'un propriétaire diſpoſe envers quelqu'un du droit d'uſufruit de ſa choſe, il diſpoſe d'un droit qu'il a effectivement ; il ne l'a pas à la vérité dans la forme d'un droit d'uſufruit, *non habet uſumfructum formalem* ; mais il l'a ſous une autre forme comme renfermé dans ſon droit de propriété, *habet uſumfructum cauſalem.* Lorſqu'il vend l'uſufruit de la choſe, c'eſt ce droit qu'il avoit de percevoir les fruits de la choſe, qu'il vend & qu'il détache de ſon droit de propriété ; & ce droit, par ſa ſéparation du droit de propriété, prend la forme du droit d'uſufruit ; il devient *jus fruendi re alienâ*, & paſſe ſous cette forme à l'acquéreur.

§. II.

De la vente de l'uſufruit faite par l'uſufruitier au propriétaire.

548. Lorſque l'uſufruitier vend ſon droit d'uſufruit au propriétaire, il fait en conſéquence de cette vente une remiſe de ſon droit d'uſufruit, & cette remiſe en opere l'extinction & la réunion à la propriété dont ce droit avoit été ſéparé : le propriétaire qui a racheté cet uſufruit, libere plutôt ſon héritage de la ſervitude d'uſufruit, qu'il n'acquiert le droit d'uſufruit, qui ne peut ſubſiſter en la perſonne du propriétaire : *Cùm res ſua nemini ſervire poſſit, adeoque nemo poſſit uſumfructum rei ſuæ habere.*

§. III.

De la vente de l'uſufruit faite par l'uſufruitier à un tiers.

549. Un uſufruitier peut vendre auſſi à un tiers ſon droit d'uſufruit ; mais cette vente comprend plutôt l'émolument que peut produire le droit d'uſufruit, que le droit en lui-même ; car ce droit étant un droit attaché à la perſonne de l'uſufruitier, ne peut ſe céder.

Le droit d'uſufruit ſubſiſte donc en la perſonne de l'uſufruitier, nonobſtant la vente qu'il en a faite ; l'acheteur n'acquiert que l'émolument de ce droit, & la faculté de percevoir les fruits à la place de l'uſufruitier, tant que l'uſufruit durera, en ſe chargeant de toutes les charges dudit uſufruit dont il doit acquitter l'uſufruitier-vendeur.

De-là il ſuit que l'uſufruit, quoique vendu, s'éteint par la mort de l'uſufruitier qui l'a vendu.

Au contraire, la mort du ceſſionnaire n'éteint pas l'uſufruit, & ſes héritiers peuvent jouir comme il auroit joui lui-même peudant tout le temps de la vie de l'uſufruitier qui a vendu l'uſufruit.

Il ſuit encore de ces principes que l'uſufruitier n'eſt point par la vente qu'il fait de ſon droit, déchargé envers le propriétaire, de l'obligation qu'il a contractée de laiſſer en bon état l'héritage dont il jouit en uſufruit : c'eſt à ſa ſuc-

ceſſion que le propriétaire a droit de s'adreſſer pour la réparation de toutes les détériorations, quoiqu'elles aient été faites par le ceſſionnaire de l'uſufruit, ſauf à cette ſucceſſion ſon recours contre ledit ceſſionnaire.

Au reſte le propriétaire *celeritate conjungendarum actionum*, peut auſſi, ſi bon lui ſemble, *omiſſo circuitu*, attaquer le ceſſionnaire.

CHAPITRE IV.

De la vente des Rentes & autres Créances.

ARTICLE PREMIER.

Comment une rente ou autre créance perſonnelle peut-elle ſe tranſporter.

Et de la différence de ce tranſport, avec celui de ſimple délégation ou indication.

550. UNE créance étoit un droit perſonnel du créancier, un droit inhérent à ſa perſonne, elle ne peut pas, à ne conſidérer que la ſubtilité du Droit, ſe tranſporter à une autre perſonne, ni par conſéquent ſe vendre; elle peut bien paſſer à l'héritier du créancier, parce que l'héritier eſt le ſucceſſeur de la perſonne & de tous les droits perſonnels du défunt; mais, ſelon la ſubtilité du Droit, elle ne peut pas paſſer à un tiers; car le débiteur s'étant obligé envers une certaine perſonne, ne peut point par le tranſport de la créance, qui n'eſt point de ſon fait, devenir obligé envers un autre.

Néanmoins les Juriſconſultes ont inventé une maniere de tranſporter les créances ſans le conſentement ni l'intervention du débiteur; comme le créancier peut exercer par un mandataire, auſſi bien que par lui-même, l'action qui nait de ſa créance, contre ſon débiteur; le créancier qui veut tranſporter ſa créance à un tiers, fait ce tiers ſon mandataire pour exercer ſon action contre ſon débiteur; & il eſt convenu entr'eux que l'action ſera exercée par le mandataire, à la vérité au nom du mandant, mais aux riſques & pour le compte du mandataire qui retiendra pour lui tout ce qu'il exigera du débiteur en conſéquence de ce mandat, & n'en rendra aucun compte au mandant. Un tel mandataire eſt appellé par les Juriſconſultes *procurator in rem ſuam*, parce qu'il exerce le mandat, non pour le compte du mandant, mais pour ſon propre compte.

Un mandat fait de cette maniere eſt, quant à l'effet, un vrai tranſport que le créancier fait de ſa créance; & s'il ne reçoit rien du mandataire pour conſentir que le mandataire retienne pour lui ce qu'il exigera du débiteur, c'eſt une donation; s'il reçoit pour cela de l'argent du mandataire, c'eſt une vente qu'il lui fait de ſa créance.

De-là il s'eſt établi dans la pratique qu'on puiſſe tranſporter les créances, les donner, les vendre, & en diſpoſer à quelque titre que ce ſoit, & il n'eſt pas même néceſſaire que l'acte qui en contient le tranſport, exprime le mandat dans lequel nous venons d'expliquer que ce tranſport conſiſte.

551. Il faut prendre garde de ne pas confondre le *tranſport-ceſſion* dont nous traitons ici, avec le *tranſport de ſimple délégation ou indication.*

Le *tranſport-ceſſion* contient une vente de la dette qui eſt tranſportée, & en conſéquence l'inſolvabilité du débiteur de cette dette, tombe ſur le ceſſionnaire à qui le tranſport en eſt fait, ainſi que nous le verrons dans la ſuite, à moins qu'il ne ſe ſoit fait garantir la ſolvabilité par une clauſe particuliere.

Le tranſport de ſimple délégation ne contient point de vente, c'eſt une ſimple indication que je fais à mon créancier, *unde ipſi ſolvam*, en lui aſſignant un de mes débiteurs, & lui donnant pouvoir d'exiger de lui, en mon nom, ce qu'il me doit, pour être par lui reçu en déduction de ce que je lui dois.

Par cette délégation je demeure toujours propriétaire de la créance par moi déléguée, juſqu'à ce qu'elle ſoit éteinte par le paiement; & par conſéquent ſi mon débiteur devient inſolvable, ſon inſolvabilité tombe ſur moi; & mon créancier qui demeure toujours mon créancier juſqu'à ce qu'il ait reçu, peut ſe faire payer ſur mes autres biens.

552. Cette délégation eſt une délégation de ſimple indication, qu'il ne faut pas confondre avec la délégation qui eſt novation, & qui ſe fait lorſque pour me libérer de ce que je vous dois, je vous délégue mon débiteur, qui pour ſe libérer de ce qu'il me doit, s'oblige envers vous. Par cette eſpece de délégation la dette que le délégant devoit à celui à qui il fait la délégation, & celle que le débiteur délégué devoit au délégant, ſont entiérement éteintes, & il s'en contracte à la place une nouvelle de la part du débiteur délégué envers celui à qui la délégation eſt faite.

Il eſt évident que cette délégation eſt toute différente de la délégation de ſimple indication; elle eſt auſſi différente du tranſport-ceſſion; car dans le tranſport-ceſſion, il ne ſe fait aucune novation; c'eſt l'ancienne dette qui étoit due au cédant qui ſubſiſte, & qui de la perſonne du cédant eſt tranſportée *non quidem ex juris ſubtilitate, ſed juris effectu* en la perſonne du ceſſionnaire.

553. Le tranſport-ceſſion eſt auſſi très-différent de la ſubrogation, ainſi que nous le verrons au Traité de la Subrogation.

ARTICLE II.

De l'effet du tranſport, & de la ſignification qui en doit être faite.

554. Le tranſport d'une rente ou autre créance, eſt avant que la ſignification en ait été faite au débiteur, ce qu'eſt la vente d'une choſe corporelle avant la tradition: de même que le vendeur d'une choſe corporelle demeure avant que la tradition en ait été faite, poſſeſſeur & propriétaire de la choſe qu'il a vendue, ainſi que nous l'avons établi ailleurs; de même tant que le ceſſionnaire n'a point fait ſignifier au débiteur le tranſport qui lui a été fait, le cédant n'eſt point déſaiſi de la créance qu'il a tranſportée. C'eſt ce que porte l'*art.* 108 *de la Coutume de Paris*; « un ſimple tranſport ne ſaiſit point, & faut ſignifier le » tranſport à la partie, & en bailler copie. »

555. De-là il ſuit qu'avant cette ſignification, le débiteur paie valablement ſon cédant ſon créancier, & le ceſſionnaire n'a d'action en ce cas que contre ſon

cédant; ſçavoir, l'action *ex empto, ut præſtet ipſi habere licere*, & par conſéquent à ce qu'il lui remette la ſomme, qu'il ne peut plus exiger du débiteur qui l'a valablement payée au cédant.

556. De-là il ſuit, 2°. qu'avant cette ſignification, les créances du cédant peuvent ſaiſir & arrêter ce qui eſt dû par le débiteur dont la dette a été cédée, & ils ſont préférés au ceſſionnaire qui n'a pas, avant cette ſaiſie & arrêt, fait ſignifier ſon tranſport: ce ceſſionnaire n'a d'action en ce cas que contre ſon cédant; ſçavoir, l'action *ex empto*, pour que ſon cédant *præſtet ipſi habere licere*, & en conſéquence ait à lui rapporter le main-levée des ſaiſies & arrêts, ou lui payer la ſomme qu'il ne peut toucher du débiteur par leſdites ſaiſies-arrêts.

557. De-là il ſuit, 3°. que ſi le cédant, après avoir tranſporté une créance à un premier ceſſionnaire, a la mauvaiſe foi d'en faire tranſport à un ſecond qui ſoit plus diligent que le premier à ſignifier ſon tranſport au débiteur, ce ſecond ceſſionnaire ſera préféré au premier, ſauf au premier ſon recours contre le cédant.

558. Quoique le ceſſionnaire ait fait ſignifier ſon tranſport au débiteur, à ne conſidérer que la ſubtilité du Droit, le cédant, nonobſtant le tranſport & la ſignification, demeure toujours le créancier; c'eſt toujours en lui que réſide la créance. Cela réſulte des principes que nous avons établis dans l'article précédent: mais *quoad juris effectus*, le cédant eſt, par la ſignification du tranſport fait au débiteur, réputé déſaiſi de la créance qu'il a cédée, il n'eſt plus cenſé en être le propriétaire, le ceſſionnaire eſt cenſé l'être; c'eſt pourquoi le débiteur ne peut plus valablement payer au cédant; les créanciers du cédant ne peuvent ſaiſir & arrêter cette créance, parce qu'elle eſt cenſée ne plus appartenir à leur débiteur.

Cependant comme le ceſſionnaire, même après la ſignification du tranſport, n'eſt que le mandataire quoiqu'*in rem ſuam*, du cédant, en la perſonne de qui, dans la vérité, réſide la créance, le débiteur peut oppoſer au ceſſionnaire la compenſation de tout ce que lui devoit le cédant avant la ſignification du tranſport; ce qui n'empêche pas qu'il ne puiſſe oppoſer auſſi la compenſation de ce que le ceſſionnaire lui-même lui doit, le ceſſionnaire étant lui-même *non quidem ex juris ſubtilitate, ſed juris effectu creditor.*

ARTICLE III.

En quoi conſiſte l'obligation du vendeur qui a tranſporté une rente ou une autre créance.

§. I.

Différentes eſpeces de garantie.

559. L'obligation du vendeur d'une rente & de toute autre créance, conſiſte à en délivrer les titres & à la garantir.

On diſtingue deux eſpeces de garantie des rentes & autres créances, celle de droit, & celle de fait.

Celle de droit eſt ainſi appellée, parce que le vendeur en eſt tenu de plein

droit ſans qu'on en ſoit convenu, & par la nature même du contrat; elle conſiſte à promettre que la créance vendue eſt véritablement due au vendeur, & à défendre l'acheteur des demandes de ceux qui en revendiqueroient contre l'acheteur la propriété, ou qui y prétendroient des hypotheques.

La garantie de fait eſt ainſi appellée parce que le vendeur n'en eſt pas tenu de plein droit, & par la ſeule nature du contrat, mais ſeulement lorſque *de fait* & par une clauſe particuliere du contrat il s'y eſt obligé.

Il y a trois eſpeces de cette garantie; la garantie de fait ſimplement dite, celle de fournir & faire valoir, & celle de faire valoir après ſimple commandement.

§. II.

De la garantie de fait ſimplement dite.

560. La garantie de fait ſimplement dite, eſt celle par laquelle le vendeur promet que la créance eſt bonne, & que le débiteur eſt ſolvable.

Cette garantie eſt de fait; car de droit, ſi les parties ne s'en ſont pas expliquées, le vendeur n'en eſt pas tenu; il vend la créance telle qu'elle eſt, bonne ou mauvaiſe: *Si nomen ſit diſtractum Celſus ſcribit locupletem eſſe debitorem non debere præſtare;* L. 4, ff. *de hered. vend. Qui nomen quale fuit vendidit, duntaxat ut ſit, non etiam ut exigi aliquid poſſit, præſtare cogitur;* L. 74, §. *fin.* ff. *de evict.*

561. C'eſt une queſtion ſi cette garantie de fait doit être cenſée ſtipulée, lorſque le vendeur a promis *garantir de tous troubles & empêchemens quelconques.* La raiſon de douter eſt que cette clauſe peut s'entendre de la garantie de droit, qui conſiſte à défendre l'acheteur des demandes en revendication & des demandes hypothécaires, & autres ſemblacles de la part des tiers qui prétendroient que la choſe vendue leur appartiendroit, ou qu'elle leur ſeroit hypothéquée. Neanmoins Loyſeau décide que cette clauſe renferme la garantie de fait auſſi-bien que celle de droit. La raiſon eſt que des termes généraux employés dans une convention, doivent renfermer toutes les eſpeces compriſes ſous la généralité de ces termes: or, ces termes, *de tous troubles & empêchemens quelconques*, ſont des termes généraux qui comprennent, & ceux apportés par des tiers à la poſſeſſion de la rente vendue, & celui apporté à ſa perception par l'inſolvabilité du débiteur; l'une & l'autre garantie, l'une & l'autre eſpece d'empêchement, doivent donc être cenſées renfermées dans cette clauſe.

562. Au reſte, le vendeur ne promet par cette clauſe que la ſolvabilité préſente du débiteur, & ne ſe rend point garant de l'inſolvabilité qui pourroit ſurvenir depuis le contrat; car la choſe vendue doit être aux riſques de l'acheteur depuis le contrat, à moins qu'on ne convienne expreſſément du contraire; *Arrêts rapportés par Leprêtre*, 11, 24.

§. III.

De la garantie réſultante de la clauſe de fournir & faire valoir.

563. La ſeconde eſpece de garantie de fait eſt celle qui réſulte de la clauſe, *de fournir & faire valoir*, par laquelle le vendeur d'une rente ou autre créance, s'oblige à *la fournir & faire valoir bonne, ſolvable & bien payable.*

Il

Il y a eu différens ſentimens ſur l'interprétation de cette clauſe, comme ſur celle de la précédente. Il y en a qui ont prétendu que la précédente ne renfermoit que la garantie ordinaire du droit, & que par celle-ci le vendeur ne promettoit que la ſolvabilité préſente du débiteur, & ne répondoit point de la ſolvabilité future. Au contraire, Loyſeau décide que la clauſe précédente renferme la garantie de fait, par laquelle le vendeur promet la ſolvabilité préſente du débiteur, & que par celle-ci il promet non-ſeulement que le débiteur eſt ſolvable au temps du contrat, mais qu'il le ſera toujours tant que la rente durera, c'eſt-à-dire, que par cette clauſe il ſe rend caution du débiteur, & répond de la ſolvabilité perpétuelle du débiteur de la rente. Loyſeau établit ſon ſentiment en recherchant la propre ſignification du terme *fournir ;* & de ceux-ci, *faire valoir ; Fournir*, dit-il, c'eſt ſuppléer, parachever ce qui manque ; comme quand on dit fournir une compagnie de ſoldats, fournir des matériaux pour un bâtiment, *&c.* Donc, dit-il, *fournir une rente*, c'eſt ſuppoſer & achever ce que le débiteur ne pourroit payer, c'eſt s'en rendre caution.

Pareillemnnt ces termes, *faire valoir*, ſignifient *in ſe recipere*, *prendre ſur ſoi*, répondre que la rente ſera payée tant qu'elle durera.

Loyſeau tire encore un argument de ces termes, *a promis fournir & faire valoir.* Les infinitifs, dit-il, ne dénotent par eux-mêmes aucun temps, mais doivent ſe référer pour leur temps au verbe qui les régit ; or le verbe *promettre* qui, dans cette phraſe, régit les infinitifs *fournir & faire valoir*, eſt un verbe qui de ſa nature dénote le temps futur, car on promet pour l'avenir ; par conſéquent cette clauſe par laquelle le vendeur d'une rente promet de fournir & faire valoir, contient, non une ſimple aſſurance de la ſolvabilité préſente du débiteur, mais une promeſſe qu'elle ſera toujours bien payée à l'avenir.

Cette clauſe *de fournir & faire valoir* reçoit encore moins de difficulté, lorſqu'on ajoute *tant en principal qu'arrérages ;* car les termes d'*arrérages* ne pouvant s'entendre que des *futurs*, puiſqu'il n'y a que les futurs qui ſont cédés, il s'enſuit que le vendeur aſſure la perception de la rente pour le temps futur. La clauſe eſt encore plus claire, lorſqu'on ajoute ces termes, *à toujours*, ainſi qu'il eſt aſſez ordinaire de les inſérer.

564. De ce que nous avons dit touchant le ſens de la clauſe de fournir & faire valoir, il s'enſuit qu'à défaut du paiement de la rente, il naît de cette clauſe au profit de l'acheteur une action de recours contre le vendeur. Mais pour que l'acheteur ſoit admis à cette action, il ne ſuffit pas que le débiteur de la rente ait été mis en demeure de payer par un commandement qui lui auroit été fait, il faut qu'il ſoit conſtant qu'il eſt inſolvable ; car par cette clauſe le vendeur ne promet pas que le débiteur *voudra* toujours payer, mais qu'il *pourra* payer, qu'il ſera ſolvable.

S'il y a pluſieurs obligés à cette rente, il ne ſuffit pas que l'un d'eux ſoit inſolvable, il faut que tous le ſoient, tant les principaux obligés que les cautions.

565. Il faut auſſi que ce ſoit ſans le fait ni la faute de l'acheteur que la rente vendue ſoit devenue caduque. Si donc l'acheteur a déſobligé quelqu'un des débiteurs ou cautions de la rente ; s'il a libéré quelques hypotheques,

il ne pourra exercer l'action de garantie contre le vendeur; car il n'eſt pas recevable à ſe plaindre que la rente a ceſſé d'être bonne, puiſque c'eſt par ſon fait qu'elle a ceſſé de l'être.

En eſt-il de même s'il a laiſſé preſcrire les hypotheques, ſoit par le laps de temps, ſoit en manquant de s'oppoſer aux décrets des biens hypothéqués? Il y a plus de difficulté: ce n'eſt pas ici par ſon fait, c'eſt ſeulement par ſa négligence que la rente eſt devenue caduque. Ne peut-on pas dire que le vendeur ne doit pas être reçu à oppoſer à l'acheteur cette négligence, puiſqu'elle lui eſt commune avec lui, & qu'il pouvoit auſſi-bien que l'acheteur veiller à interrompre les preſcriptions & à s'oppoſer aux décrets?

Il faut néanmoins décider avec Loyſeau, que l'acheteur perd pareillement en ce cas ſon action de recours contre le vendeur. L'acheteur par ſa ceſſion étant le mandataire quoiqu'*in rem ſuam* du vendeur, étoit par la nature du mandat, obligé lui-même à ces pourſuites. S'il eſt obligé, comme nous l'allons voir, à diſcuter les biens du débiteur avant que de pouvoir recourir contre le cédant, par la même raiſon il eſt obligé à s'oppoſer aux décrets deſdits biens; ce qui eſt plus facile que de les diſcuter.

566. On ne peut conſtater l'inſolvabilité que par la diſcuſſion des biens du débiteur.

Cette diſcuſſion ſe fait par une ſaiſie des meubles qui ſe trouvent au domicile du débiteur, ou par un procès-verbal qui conſtate qu'il ne s'y en eſt point trouvé, ce qui s'appelle un procès-verbal de carence de meubles.

L'acheteur n'étant point obligé de ſçavoir ſi le débiteur de la rente a d'autres biens, peut après cette diſcuſſion donner ſon action de recours contre le vendeur. Mais ſi le vendeur lui indique d'autres biens, ſoit meubles, ſoit immeubles, il ſera obligé de les diſcuter.

Il n'eſt pas obligé de diſcuter ceux qui ſont hors du Royaume. Il y en a même qui ont penſé qu'il n'étoit pas obligé à diſcuter les biens ſitués hors du reſſort du Bailliage, ou du moins hors du reſſort du Parlement où le débiteur a ſon domicile; mais cette opinion a été rejettée.

Il faut auſſi en excepter les biens litigieux dont la propriété eſt conteſtée au débiteur.

567. Le vendeur ne ſeroit pas recevable après que l'acheteur auroit commencé la ſaiſie réelle des biens qu'il lui a indiqués, à lui en indiquer d'autres, l'acheteur ne devant pas être obligé à faire pluſieurs ſaiſies réelles; mais tant que la choſe eſt entiere, & que l'acheteur n'a point encore commencé ſes pourſuites, rien n'empêche que le vendeur ne puiſſe indiquer d'autres biens du débiteur qui ſeroient venus à ſa connoiſſance depuis l'indication qu'il a faite des premiers.

568. Enfin l'acheteur ne peut être obligé qu'à diſcuter les biens qui ſont en la poſſeſſion du débiteur de la rente; & le vendeur qui a vendu avec la clauſe de fournir & faire valoir la rente, ne peut l'obliger à diſcuter ceux que le débiteur a aliénés. C'eſt ce qui eſt conforme à la Novelle 4, & au ſentiment de Loyſeau qui en agite la queſtion.

569. Il reſte à obſerver que la diſcuſſion ſe fait aux riſques & aux dépens de l'indiquant. La Juriſprudence même a introduit que celui qu'on renvoie

à la diſcuſſion, puiſſe demander que celui qui l'oppoſe lui fourniſſe deniers pour la faire.

570. Si après cette diſcuſſion l'acheteur ne peut être payé de la rente qui lui a été vendue, le vendeur qui a vendu avec la clauſe de fournir & faire valoir, ne peut éviter d'être condamné à lui payer à la place du débiteur inſolvable les arrérages échus de la rente, & à la continuer à l'avenir. Loyſeau veut néanmoins que le choix ſoit laiſſé au vendeur d'opter en ce cas la réſolution du contrat, auquel cas il ſera tenu de reſtituter à l'acheteur le prix de la vente de la rente avec les intérêts de ce prix, du jour que l'acheteur a ceſſé d'être payé de ſa rente. Ce choix eſt utile au vendeur, ſoit dans le cas où la rente vendue ſeroit une rente fonciere non-rachetable, ſoit dans celui où elle auroit été vendue pour un prix moindre que ſon principal. Ce choix eſt fondé ſur ce que par la clauſe de fournir & faire valoir, le vendeur, en cas de caducité, conſtitue une rente conſtituée à prix d'argent, que celui qui l'a conſtituée puiſſe la racheter pour la ſomme qu'il a reçue.

ARTICLE IV.

De la garantie qui réſulte de la clauſe de fournir & faire valoir après ſimple commandement.

571. Cette garantie differe de la précédente, en ce que le ceſſionnaire ne s'oblige à d'autres pourſuites & diligences contre le débiteur, qu'à un ſimple commandement.

D'où il ſuit, 1°. qu'il n'eſt point obligé de diſcuter les biens du débiteur, & qu'il ſuffit qu'il l'ait mis en demeure de payer par un ſimple commandement, pour qu'il puiſſe agir en recours contre le cédant, & le faire condamner à payer à la place du débiteur.

Delà il ſuit, 2°. qu'il n'eſt point obligé de s'oppoſer aux décrets des biens du débiteur; car en ſtipulant la garantie après ſimple commandement, il s'eſt déchargé de toute autre diligence.

572. Si le vendeur d'une rente, après s'être obligé à la fournir & faire valoir, a ajouté, *& à payer ſoi-même à défaut du débiteur*, cette clauſe équipolle-t-elle à la clauſe de fournir & faire valoir après ſimple commandement, qui diſpenſe l'acheteur de la diſcuſſion, ou ſi elle n'ajoute rien à la clauſe de fournir & faire valoir? Il paroit, par ce que rapporte Loyſeau, que la queſtion a été fort controverſée, & qu'il a été décidé par un Arrêt en robes rouges, que cette clauſe n'étoit que l'explication de la clauſe de fournir & faire valoir, & qu'elle n'excluoit point la diſcuſſion.

ARTICLE V.

Des obligations qui naiſſent de la bonne foi dans le contrat de vente d'une rente ou autre créance.

573. La bonne foi oblige le vendeur dans ce contrat, de même que dans le contrat de vente des choſes corporelles, à ne rien diſſimuler de tout ce qu'il

ſçait, & de ce que l'acheteur a intérêt de ſçavoir concernant la créance qu'il vend.

C'eſt pourquoi s'il étoit juſtifié que le vendeur d'une créance, lors du contrat, avoit connoiſſance que le débiteur étoit entiérement inſolvable; *putà*, ſi ce débiteur avoit été diſcuté dans tous ſes biens meubles & immeubles, & que le créancier eût fait oppoſition & n'eût rien touché; ce créancier qui vendroit depuis ſa créance, en diſſimulant cette inſolvabilité qu'il ne pouvoit ignorer, à l'acheteur qui n'en auroit pas eu connoiſſance, pécheroit contre la bonne foi qui doit régner dans le contrat de vente, & ſeroit obligé envers l'acheteur à reprendre la créance, & à lui reſtituer le prix, quoiqu'il n'y eût pas de clauſe dans le contrat par laquelle il ſe fût obligé à la garantie de fait.

Il y a plus; de même que dans la vente des choſes corporelles, la clauſe expreſſe par laquelle le vendeur a déclaré qu'il ne ſeroit pas garant d'un tel défaut, ne le décharge pas, s'il eſt juſtifié qu'il avoit une parfaite connoiſſance de ce défaut; de même dans les ventes de créance, la clauſe expreſſe que le vendeur ne garantit point la ſolvabilité préſente du débiteur, ne le décharge point, lorſqu'il eſt juſtifié de la connoiſſance qu'il avoit de l'entiere inſolvabilité du débiteur.

ARTICLE VI.

Si l'on peut acheter la créance d'une certaine ſomme pour un moindre prix, ou une rente pour un prix moindre que ſon principal.

§. I.

Si l'on peut acheter une créance pour un moindre prix que la ſomme due.

574. Il n'eſt pas douteux que dans le for extérieur on peut acheter la créance d'une certaine ſomme d'argent pour un moindre prix que n'eſt cette ſomme, lorſque la vente n'eſt pas faite avec la clauſe de fournir & faire valoir cette créance, & que le vendeur ne garantit pas la ſolvabilité du débiteur.

Cela eſt même permis dans le for intérieur, pourvu que lors du contrat, la ſolvabilité du débiteur fût douteuſe. C'eſt pourquoi ſi j'ai acheté de vous pour une ſomme de ſix cents livres une créance de mille livres; quoique je ſois venu à bout de me faire payer de la ſomme entiere, je ne ſerai pas obligé en conſcience de vous reſtituer quatre cents livres que j'ai reçues de plus que je ne vous ai donné pour le prix de cette créance, pourvu qu'au temps du contrat la ſolvabilité du débiteur fut douteuſe; car ce que j'ai reçu de plus eſt le prix du riſque que j'ai couru de ne tirer rien de ce débiteur, ou beaucoup moins que le prix que j'avois donné.

L'Auteur de la morale de Grenoble; *T. 1, Tr. 3, ch. 2, n. 7*, eſt d'avis contraire. Il prétend que celui qui a acheté une dette, quelque douteuſe qu'elle fût, pour un même prix que la ſomme due, eſt obligé, s'il eſt payé du total, de rendre au vendeur ce qu'il a reçu de plus qu'il ne lui a donné

pour le prix de cette dette ; & que le riſque que cet acheteur a couru de l'inſolvabilité du débiteur, ne peut être une raiſon ſuffiſante pour qu'il puiſſe recevoir plus qu'il n'a donné. Cette opinion ne me paroît pas fondée. Il eſt vrai que je ne puis faire payer à mon propre débiteur, avec qui je contracte, le riſque que je cours de ſon inſolvabilité, ni exiger de lui, pour raiſon de ce riſque quelque choſe de plus que ce que je lui ai prêté. La raiſon eſt que ſa pauvreté, qui me fait courir ce riſque, eſt une raiſon pour lui ſubvenir & pour le ſoulager, & non pour le charger & l'opprimer. Mais il n'y a rien de contraire à la juſtice, que je faſſe payer à celui qui me vend la créance qu'il a contre un débiteur dont la ſolvabilité eſt douteuſe, le riſque dont je me charge à ſa place de la ſolvabilité de ce débiteur qui eſt un tiers, en achetant de lui cette créance pour un moindre prix que la ſomme due : ce riſque eſt auſſi appréciable que le riſque de la perte d'un vaiſſeau que les aſſureurs font payer à ceux qui ont intérêt ſur le vaiſſeau, dans le contrat d'aſſurance maritime.

Au reſte je conviens que pour que je puiſſe licitement, dans le for de la conſcience, faire payer à celui qui me vend une créance, le riſque de la ſolvabilité du débiteur dont je me charge à ſa place, & pour que je puiſſe en conſéquence acheter cette créance pour un prix moindre que la ſomme due, il faut qu'il y ait eu un véritable riſque, & que lors du contrat, la ſolvabilité de ce débiteur fut effectivement douteuſe. Mais ſi lors du contrat, la ſolvabilité du débiteur m'eſt connue, ou s'il eſt facile de la connoître en s'en informant, en ce cas il n'eſt pas permis d'acheter la créance pour un moindre prix que n'eſt la ſomme due ; car la créance d'une ſomme dont le débiteur eſt notoirement ſolvable, vaut toute la ſomme : c'eſt donc acheter la choſe au-deſſous de ſa valeur que de l'acheter moins que la ſomme due, ce qui n'eſt pas permis dans le for intérieur, comme nous l'avons vu *ſuprà* ; c'eſt profiter du beſoin d'argent qu'a le vendeur, pour s'enrichir à ſes dépens, ce que l'équité ne permet pas : c'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux en ce cas que l'acheteur eſt obligé à reſtitution envers le vendeur.

575. Dans un beſoin preſſant d'argent vous m'avez vendu pour cinq cents livres une très-bonne créance de mille livres, payable dans trois mois : je connoiſſois le débiteur pour être un négociant très-opulent, qui devoit très-peu, & qui avoit en fonds de terre, en maiſons, & en effets de ſon commerce, trente fois plus de bien qu'il ne falloit pour acquitter ſes dettes. Il n'eſt pas douteux que cette créance de mille livres, valoit mille livres, & que j'ai commis envers vous une injuſtice criante, en l'achetant pour une ſomme de cinq cents livres, moitié de ſa valeur, qui m'a dès-lors obligé envers vous à la réparation de cette injuſtice. Mais il eſt arrivé peu après le contrat, & avant l'expiration du terme auquel cette créance étoit payable, que par des accidens qu'on ne pouvoit pas prévoir, ce débiteur qui étoit, lors du contrat, ſi opulent, eſt devenu inſolvable. Il eſt ſurvenu une inondation qui a enſablé toutes ſes terres : le feu du ciel eſt tombé la nuit ſur les maiſons qu'il avoit en Ville, & les a brûlées avec pour plus de cent mille écus de marchandiſes de prix qui y étoient renfermées ; de maniere que de la créance de mille livres que j'ai achetée cinq cents livres, il n'y a pas lieu d'eſpérer d'en retirer

plus de trois ou quatre cents livres. On demande ſi dans ce cas je ceſſe d'être obligé envers vous à reſtitution ? La raiſon de douter eſt, que par cet événement le marché que j'ai fait avec vous ne vous a fait aucun tort ; il vous a même été avantageux, puiſque ſi vous ne m'aviez pas vendu votre créance, vous en retireriez moins que le prix que je vous en ai donné. La raiſon de décider au contraire, que nonobſtant ces événemens mon obligation de reſtituer continue, eſt que par le marché que nous avons fait enſemble, & dans le temps de ce marché, vous avez ſouffert un tort réel & véritable, & une diminution dans votre patrimoine, en aliénant pour une ſomme de cinq cents livres un effet qui valoit alors mille livres. J'ai dès lors contracté envers vous l'obligation de réparer ce tort ; & ayant dès-lors contracté cette obligation, je ne puis en être libéré que par le paiement, ou par les autres manieres dont s'éteignent les obligations : les événemens imprévus qui ſont ſurvenus depuis le contrat ne peuvent m'en libérer. Si cette créance, qui étoit bonne lorſque je l'ai acquiſe, eſt depuis devenue mauvaiſe, c'eſt une perte qui doit tomber ſur moi, & non ſur vous ; puiſqu'ayant acquis cet effet, en étant devenu le propriétaire, il eſt à mes riſques.

Il reſte à ſçavoir en quoi doit conſiſter dans cette eſpece la reſtitution à laquelle je ſuis obligé envers vous. Il ſemble d'abord que je ſois obligé à vous reſtituer une ſomme de cinq cens livres, qui eſt ce qui manque au juſte prix de cette créance, au-deſſous duquel il n'étoit pas permis de l'acheter. On pourroit néanmoins ſoutenir qu'il devroit ſuffire en ce cas que je vous reſtituaſſe la moitié de cette créance en nature, pour par vous retirer la moitié de ce qu'on en pourra retirer. En voici la raiſon. En faiſant le marché inique que j'ai fait avec vous, j'ai contracté l'obligation de réparer l'injuſtice que j'ai commiſe, & le tort que je vous ai fait par ce marché. Cette réparation pouvoit dès-lors ſe faire de deux manieres, ou en vous payant cinq cens livres pour le ſupplément du juſte prix de la créance que vous m'avez vendue, que je ne pouvois licitement acheter pour le total pour moins que la ſomme de mille livres, qui étoit ſa juſte valeur ; ou en vous retrocédant la moitié de cette créance en nature, que je n'ai pu acheter licitement que pour la moitié pour le prix de cinq cens livres, ce prix n'étant que le prix de la moitié. Il eſt évident que je pouvois auſſi-tôt après le contrat, réparer mon injuſtice de cette ſeconde maniere, auſſi-bien que de la premiere. L'obligation de réparer mon injuſtice que j'ai contractée en faiſant le marché injuſte que j'ai fait avec vous, conſiſtoit donc dans l'alternative de deux choſes, ou de vous payer une ſomme de cinq cens livres, ou de vous retrocéder en nature la moitié de la créance que vous m'avez vendue. Or c'eſt un principe en fait d'obligations alternatives, qu'il eſt au choix du débiteur de payer l'une des deux choſes qu'il voudra, quoique depuis l'obligation contractée l'une deſdites choſes ait été conſidérablement détériorée, pourvu que ce ne ſoit pas par le fait ou la faute du débiteur : il doit donc en ce cas m'être permis de m'acquitter de mon obligation envers vous, en vous rendant en nature la moitié de votre créance, quoiqu'elle ſoit devenue mauvaiſe.

Cela doit néanmoins ſouffrir une limitation qui dépend de deux principes. Le premier eſt que lorſque la perte ou la détérioration eſt ſurvenue depuis la

demeure du débiteur, le débiteur en doit dédommager le créancier dans le cas auquel le créancier ne l'eût pas soufferte, si le débiteur n'eût pas été en demeure, *si res non fuisset æquè apud creditorem peritura.* Le second, que dans le for de la conscience celui qui est obligé à la réparation d'un tort qu'il a fait à quelqu'un, est toujours réputé en demeure. Suivant ces principes, il ne doit m'être permis de m'acquitter envers vous, en vous rétrocédant en nature la moitié de la créance que j'ai achetée de vous, que dans le cas auquel vous n'auriez pas eu occasion de vous en défaire à de meilleures conditions; autrement je dois vous faire raison de ce que vous en auriez pu avoir d'un autre avant le dérangement de la fortune du débiteur, & je dois sur cela m'en rapporter à votre déclaration.

576. La distinction que nous avons faite du cas auquel la solvabilité du débiteur est connue parfaitement à l'acheteur de la dette, & du cas auquel elle est douteuse, n'est pas admise dans le for extérieur : elle y seroit sujette à trop de discussions & d'inconvéniens; & il suffit dans le for extérieur qu'une créance soit vendue sans la clause de garantie de la solvabilité du débiteur, pour qu'elle puisse être licitement achetée pour un prix moindre que la somme due.

577. Lorsque le vendeur d'une créance la garantit bien payable, elle ne peut en ce cas, dans le for intérieur ni dans le for extérieur, être licitement achetée pour un prix moindre que la somme due. Un tel achat ne doit pas être plus licite qu'un prêt usuraire; car lorsque je vous vends pour neuf cens livres une créance de mille livres, que je m'engage d'acquitter moi-même, si le débiteur ne la paie pas; il est évident que c'est la même chose, que si vous vous me prêtiez neuf cens livres à la charge de m'en rendre mille au bout d'un certain temps.

Néanmoins si la créance vendue étoit payable dans un autre lieu que celui où le contrat s'est passé, & où le prix a été compté; & que lors du contrat les lettres de change sur le lieu perdissent quelque chose, suivant le cours de la place, l'achat de la créance pour quelque chose de moins que la somme due, pourroit être licite, pourvu que ce moins n'excédât pas ce que lesdites lettres de change perdroient vis-à-vis de l'argent au cours de la place.

§. II.

Si l'on peut acheter licitement une rente pour un moindre prix que son principal.

578. Il n'est pas douteux dans le for extérieur, que lorsqu'une rente est vendue sans la clause de la fournir & faire valoir, elle peut être achetée pour une somme moindre que son principal, quoiqu'elle soit au sur du denier vingt, qui est le sur le plus cher auquel on puisse constituer les rentes.

Il ne faudroit pas toujours décider de même dans le for de la conscience; car une rente due au sur du denier vingt par un bon débiteur, & accompagnée de bonnes hypotheques, étant une rente qui est certainement de la valeur de son principal, c'est pécher contre la bonne foi, qui ne permet pas d'acheter

les choſes au-deſſous de leur véritable valeur, que de l'acheter pour une ſomme moindre que ſon principal.

579. Lorſque le vendeur en vendant une rente créée au ſur du denier vingt, promet de la fournir & faire valoir bien payable à toujours, la rente ne peut être achetée licitement, même dans le for extérieur, pour une ſomme moindre que ſon principal. Par exemple, lorſqu'une rente de cinquante livres, au principal de mille livres, eſt vendue avec la clauſe de fournir & faire valoir, elle ne peut pas être licitement achetée pour huit cens livres. La raiſon eſt que par la clauſe de fournir & faire valoir, le vendeur de la rente s'en conſtitue lui-même le débiteur, conjointement avec le débiteur de la rente par lui vendue. C'eſt donc une conſtitution de rente de cinquante livres qu'il fait ſur lui pour une ſomme de huit cens livres qu'il reçoit : or cette conſtitution de rente excede le taux de la Loi : elle eſt par conſéquent uſuraire, ainſi que le contrat de vente qui la renferme.

Delà il ſuit que le vendeur qui, en vendant une rente due au denier vingt pour une ſomme moindre que ſon principal, a promis de la fournir & faire valoir, a droit de demander de reprendre ſa rente, en rendant à l'acheteur la ſomme que je lui ai payée, & qu'il peut même imputer ſur le principal tous les arrérages que l'acheteur en a reçus.

580. Lorſque la rente eſt à un ſur plus bas que celui de l'Ordonnance, *putà* au ſur du denier quarante, du denier trente, du denier vingt-cinq, *&c.* ; quoiqu'elle ſoit vendue avec la clauſe de fournir & faire valoir, elle peut etre achetée pour un prix moindre que ſon principal, pourvu néanmoins qu'il ne ſoit pas au-deſſous de la ſomme qui feroit le principal d'une pareille rente qui auroit été créée au denier vingt. Par exemple, ſi l'on vend une rente de quarante livres au principal de mille livres, qui eſt le ſur du denier vingt-cinq; quoiqu'elle ſoit vendue avec la clauſe de fournir & faire valoir, elle peut être achetée pour une ſomme moindre que ſon principal de mille livres, *putà* pour le prix de neuf cens livres. Mais elle ne pourroit pas être licitement achetée pour un prix au-deſſous de huit cens livres, qui eſt la ſomme à laquelle ſe monte le principal d'une rente de quarante livres, lorſqu'elle eſt créée au ſur de l'Ordonnance.

581. Obſervez que lorſque quelqu'un a vendu une rente, dont le ſur eſt bas, pour une ſomme moindre que ſon principal, avec la clauſe de la fournir & faire valoir, il lui doit être permis de la racheter & reprendre quand bon lui ſemblera, en rendant à l'acheteur la ſomme qu'il a reçue de lui pour le prix de cette rente, ſi mieux n'aime l'acheteur garder la rente en le déchargeant de la garantie qui réſulte de la clauſe de fournir & faire valoir. La raiſon eſt que la rente, dont le vendeur ſe conſtitue débiteur envers l'acheteur par la clauſe de fournir & faire valoir, eſt une rente conſtituée pour le prix de la ſomme d'argent qu'il reçoit, & qu'il eſt de la nature de toutes les rentes conſtituées pour le prix d'une ſomme d'argent, que le débiteur puiſſe s'en libérer en rendant la ſomme qu'il a reçue pour le prix.

Suivant ce principe, quand même la rente que j'ai vendue avec la clauſe de fournir & faire valoir, ſeroit une rente fonciere non-rachetable, il doit toujours m'être permis de la racheter & la reprendre, en rendant à l'acheteur la

ſomme

ſomme que j'ai reçue de lui pour le prix, ſi mieux il n'aime me décharger de l'obligation qui réſulte de la clauſe de fournir & faire valoir ; car quoique cette rente, vis-à-vis du débiteur principal, ſoit une rente fonciere & non-rachetable, elle eſt vis-à-vis de moi, qui m'en ſuis conſtitué débiteur avec le débiteur principal, une rente conſtituée à prix d'argent, dont je puis par conſéquent me libérer en rendant la ſomme que j'ai reçue pour le prix.

582. Lorſqu'une rente à un fur bas a été vendue avec la clauſe de la fournir & faire valoir, pour une ſomme moindre que ſon principal, & que depuis l'acheteur par le rachat que le débiteur en a fait, a reçu le principal entier de cette rente, l'acheteur eſt-il obligé de faire raiſon au vendeur de ce qu'il a reçu de plus que le prix qu'il a payé au vendeur ? Je penſe qu'il faut diſtinguer ſi le prix pour lequel la rente a été vendue avec la clauſe de la fournir & faire valoir, n'excede pas le principal d'une pareille rente qui auroit été créée au fur de l'Ordonnance. Par exemple, ſi une rente de cent livres au denier cinquante, au principal de cinq mille livres, n'a été achetée que deux mille livres, qui eſt le principal d'une rente de cent livres au denier vingt, je penſe qu'en ce cas l'acheteur à qui cette rente a été rembourſée par le débiteur, doit rendre au vendeur ce qu'il a reçu de plus que le prix qu'il a payé pour le prix de cette rente. Mais je penſe qu'il en doit être autrement ſi la rente a été vendue pour un prix qui eſt à la vérité au-deſſous de ſon principal, mais qui eſt néanmoins de beaucoup plus fort que n'eſt celui d'une pareille rente qui auroit été créée au fur de l'Ordonnance. Par exemple, ſi quelqu'un a acheté pour trois mille cinq cens livres une rente de cent livres au principal de cinq mille livres, je penſe que ſi contre toute attente il a reçu le rembourſement de ce principal de cinq mille livres, il n'eſt pas obligé de rendre au vendeur les quinze cens livres qu'il a reçues de plus que les trois mille cinq cens livres qu'il a données pour le prix de cette rente. La raiſon eſt que l'avantage que l'acheteur retire de ce rembourſement, qui dépendoit d'un événement très-incertain, a été ſuffiſamment payé par le déſavantage que l'acheteur ſouffroit en n'acquérant qu'une rente de cent livres pour une ſomme de trois mille cinq cens livres, qui au taux de l'Ordonnance, auroit pu produire une rente de cent ſoixante & quinze livres.

Mais dans le premier cas l'acheteur n'ayant donné pour acquérir une rente de cent livres, que le vendeur s'eſt obligé de fournir & faire valoir, qu'une ſomme de deux mille livres, qui eſt le plus bas prix pour lequel on puiſſe acquérir une rente de cent livres ; l'avantage qu'il retireroit par le rembourſement de la rente en recevant trois mille livres de plus que le prix qu'il a payé pour cette rente, eſt un avantage qu'il n'a point payé au vendeur, & dont par conſéquent il doit lui faire raiſon.

ARTICLE VII.

De la vente des créances litigieuſes, & autres droits litigieux.

§. I.

De la nature de ce contrat, & des obligations de ce contrat.

583. On appelle *créances litigieuſes*, celles qui ſont conteſtées ou peuvent l'être en total ou pour partie, par celui qu'on en prétend le débiteur, ſoit que le procès ſoit déja commencé, ſoit qu'il ne le ſoit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender.

Lorſqu'une créance de cette nature eſt vendue à quelqu'un pour un certain prix, pour par l'acheteur la faire valoir à ſes riſques & à ſes frais, & ſans qu'on la lui garantiſſe ; c'eſt ce qu'on appelle une vente *de droits litigieux*, ou *de créance litigieuſe.*

Par cette vente, ce n'eſt pas tant la créance elle-même qu'on vend, que l'événement incertain du procès entrepris ou à entreprendre par rapport à cette prétendue créance, *venditur dubius litis eventus.* C'eſt pour cela que les acheteurs de droits litigieux ſont appellés *litium redemptores.*

584. De-là naît cette différence entre ces ventes & les ventes ordinaires de créances. Dans celles-ci le vendeur eſt tenu de garantir que la créance qu'il vend exiſte & lui appartient, que la choſe ou la ſomme lui eſt effectivement due, *debet præſtare emptori debitum ſubeſſe.* Dans celles-là le vendeur ne garantit point que la créance exiſte ; il vend ces prétentions telles qu'elles ſont, bien ou mal fondées : *Non tenetur præſtare emptori debitum ſubeſſe, tenetur tantùm præſtare bonam fidem.*

585. Cette bonne foi l'oblige non-ſeulement à remettre à l'acheteur tous les titres & papiers qu'il a concernant la créance qu'il lui vend, mais à lui donner toutes les inſtructions qu'il peut lui donner concernant cette créance.

La bonne foi l'oblige auſſi à ne lui rien diſſimuler de tout ce qu'il peut ſçavoir au déſavantage de la prétendue créance, & qui pourroit détourner l'acheteur de l'acheter, ou de l'acheter pour un auſſi grand prix.

586. La bonne foi que le vendeur doit apporter à ce contrat, n'exige pas qu'il ſoit certain & pleinement perſuadé que ſon droit qu'il vend eſt bien fondé, car il ne le vend que comme douteux & incertain : il ſuffit donc qu'il ſoit incertain ſur la juſtice ou l'injuſtice de ſa prétention pour qu'il puiſſe licitement la vendre ; mais s'il ſçavoit que ſon droit eſt mal fondé, il ne pourroit pas le vendre ſans bleſſer la bonne foi.

587. Il n'eſt pas douteux que le dol que commet le vendeur en vendant ſa prétention qu'il ſçait être mal fondée, l'oblige dans le for de la conſcience envers l'acheteur à la reſtitution du prix qu'il a reçu ; car une prétention mal fondée, connue pour telle, eſt de nulle valeur : le vendeur n'a donc pu ſans injuſtice rien ſtipuler ni recevoir pour le prix d'une telle prétention.

Ce dol du vendeur l'oblige-t-il en outre dans le for de la conſcience à reſtituer à l'acheteur tout ce qu'il lui en a coûté pour ſoutenir le procès dans lequel

il a ſuccombé ? Je penſe que ſi le vendeur a ſimplement expoſé à l'acheteur quelle étoit ſa prétention, ſans lui rien cacher de ce qui la concernoit, & ſans employer aucun artifice ni aucuns diſcours pour lui perſuader qu'elle étoit bonne; quoiqu'il ait commis un dol en lui vendant une prétention qu'il ſçavoit mauvaiſe, néanmoins il n'eſt pas obligé à le dédommager de ce que lui a coûté le procès. La raiſon eſt que par la nature du contrat de vente d'une prétention qui eſt vendue comme douteuſe, il eſt laiſſé à l'examen de l'acheteur s'il ſoutiendra le procès ou non ; c'eſt ſur ſon propre examen que l'acheteur s'eſt déterminé à le ſoutenir ; c'eſt donc lui-même qui s'eſt cauſé le dommage qu'il a ſouffert de ce procès, lorſqu'il y a ſuccombé ; c'eſt à lui-même qu'il doit s'en prendre, & il n'a par conſéquent aucun droit d'en être dédommagé par le vendeur.

Mais ſi le vendeur en vendant ſa prétention qu'il ſçavoit mauvaiſe, avoit par ſes diſcours perſuadé à l'acheteur qu'elle étoit ſoutenable, ce dol l'obligeroit à la réparation du tort qu'il auroit cauſé à l'acheteur qui auroit ſuivi ſon conſeil, & par conſéquent à l'indemniſer de ce qu'il lui en auroit coûté pour ſoutenir le procès. Cette déciſion eſt fondée ſur la Loi 47, ff. *de Reg. Jur. Conſilii non fraudulenti nulla obligatio eſt ; cæterum ſi dolus & calliditas interceſſit, de dolo actio competit.*

Si le vendeur, touché de repentir, avoit depuis déclaré à l'acheteur, qu'il ſe dédit de tout ce qu'il lui a dit pour lui perſuader que la prétention qu'il lui a vendue eſt bonne, & qu'il lui offre la reſtitution du prix pour lequel il la lui a vendue, même de tout ce qu'il lui en a pu coûter, au cas que le procès fût déja commencé ; & que l'acheteur s'obſtinât à ſuivre le procès, le vendeur ne ſeroit pas tenu d'indemniſer l'acheteur de ce qu'il pourroit lui en coûter par la ſuite.

588. Nous obſerverons par forme de digreſſion, que le vendeur qui vend à un tiers une prétention qu'il a contre moi, & qu'il ſçait être mal fondée, contracte auſſi *ex delicto*, dans le for de la conſcience, une obligation envers moi par laquelle il eſt tenu ſolidairement avec ſon ceſſionnaire à la réparation de tout le dommage que j'ai ſouffert du procès injuſte que m'a fait ce ceſſionnaire, & qu'il m'a ſuſcité en lui faiſant cette ceſſion. Il en eſt tenu, ſoit que le procès ſoit demeuré indécis, ſoit que je l'aie gagné, & que par l'inſolvabilité du ceſſionnaire je n'aie pu être payé des dépens auxquels il a été condamné envers moi, ſoit que par l'injuſtice du Juge j'aie perdu mon procès.

589. Nous avons vu quelles étoient les obligations du vendeur : celles de l'acheteur ſont, 1°. de payer le prix convenu, de même que dans les autres contrats de vente.

Si la créance vendue n'eſt pas une créance de nature à produire des intérêts, l'acheteur ne doit les intérêts du prix que du jour de la demande du vendeur. Si elle eſt de nature à en produire, il les doit du jour que, ſuivant la Loi de la ceſſion, ceux de la créance vendue ont dû courir à ſon profit.

2°. L'acheteur eſt obligé au moins dans le for de la conſcience, à ne rien diſſimuler de tout ce qu'il ſçait à l'avantage de la créance qu'on lui cede, qui auroit pu porter le vendeur à la vendre plus cher.

§. II.

De l'effet de la ceſſion des droits litigieux contre le débiteur.

590. Les Loix, pour mettre un frein à la cupidité des acheteurs de droits litigieux, & pour arrêter les procès, ont ordonné que les acheteurs de droits litigieux ne puſſent exiger du débiteur plus que ce qu'ils ont donné pour le prix de la ceſſion avec les intérêts, & que le débiteur ſoit quitte du reſte.

C'eſt ce qui a été établi par l'Empereur Anaſtaſe en la Loi *per diverſas*, 21, *Cod. mand.*, & confirmé par Juſtinien en la Loi *ab Anaſtaſio fin. d. tit.*

L'équité de ces Loix, qui eſt évidente, les a fait adopter même dans la partie du Royaume qui n'eſt pas ſoumiſe au Droit Romain. C'eſt ce qu'atteſte Mornac ſur leſdites Loix : il cite un Arrêt de 1586, prononcé en robes rouges, qui a fixé la Juriſprudence à cet égard.

591. Anaſtaſe n'a porté cette Loi que contre les ceſſions de droits litigieux, qui ſont faites à titre de vente. Il déclare expreſſément qu'il n'entend donner aucune atteinte à celles qui ſont faites à titre de donation. C'eſt pourquoi le donataire d'une créance, quoique litigieuſe, peut exiger du débiteur tout ce que ſon cédant en auroit pu exiger.

Mais il faut pour cela que la donation ſoit ſincere & véritable.

Quid, ſi l'acte de ceſſion de la créance litigieuſe portoit que le créancier a vendu à un tel ſa créance juſqu'à la concurrence d'une certaine ſomme pour ladite ſomme, & qu'il lui en fait donation pour le ſurplus ? Juſtinien, en la Loi *ab Anaſtaſio*, veut qu'en ce cas la donation ſoit préſumée ſimulée & faite en fraude de la Loi, & qu'en conſéquence ſans y avoir égard le ceſſionnaire ne puiſſe exiger du débiteur plus que la ſomme qu'il a donnée pour le prix de la ceſſion. Cela eſt très-juſte : autrement on éluderoit toujours la Loi, & la clauſe de donation du ſurplus ſeroit de pur ſtyle. Juſtinien veut que cela ait lieu, ſoit que cette prétendue donation du ſurplus ſoit faite à l'acheteur, ſoit qu'elle ſoit faite à une perſonne par lui ſuppoſée ; *d.* L.

592. Si l'acte de ceſſion paroiſſoit contenir une donation pour le total de la créance litigieuſe, & qu'il fût juſtifié d'ailleurs que le cédant auroit reçu ſecrétement quelque choſe du ceſſionnaire pour le prix de la ceſſion, la donation ſeroit pareillement en ce cas déclarée faite en fraude de la Loi, & le ceſſionnaire ſeroit en conſéquence réduit à ne pouvoir exiger du débiteur rien au-delà de ce qu'il a payé au cédant ; *d.* L.

593. L'Empereur Anaſtaſe avoit encore excepté en certains cas de la peine portée par ſa Loi, les ceſſions de droits litigieux, quoiqu'elles ne fuſſent pas faites à titre gratuit ; ſçavoir, 1°. celles qui étoient faites à un cohéritier ou copropriétaire par ſes cohéritiers ou copropriétaires, d'un droit litigieux qui étoit commun entre eux : 2°. lorſqu'un créancier reçoit de ſon débiteur en paiement de ce qui lui eſt dû, quelque droit de créance litigieuſe, ou autre droit litigieux, que ſon débiteur a contre un tiers : 3°. lorſqu'un légataire reçoit de l'héritier en paiement de ſon legs quelque droit litigieux de la ſucceſſion : 4°. lorſque le poſſeſſeur d'un héritage ſe fait céder quelque droit

litigieux dans cet héritage, qui lui eſt néceſſaire pour s'en aſſurer une libre jouiſſance. Juſtinien, par une conſtitution Grecque qui n'eſt pas dans les éditions du corps de Droit, mais qui ſe trouve dans les Baſiliques, & que Cujas a rapportée au Liv. 16 de ſes Obſerv. art. 16, abroge en ce point la Conſtitution d'Anaſtaſe, & ordonne qu'en quelque cas que ce ſoit, ſi ce n'eſt que la ceſſion fût à titre entiérement gratuit, le ceſſionnaire des droits litigieux ne pourra rien prétendre du débiteur au-delà de ce qu'il a donné pour le prix de la ceſſion.

Cette conſtitution de Juſtinien n'eſt pas équitable & ne doit pas être ſuivie. La Loi d'Anaſtaſe qui réduit les ceſſionnaires de droits litigieux à ne pouvoir rien exiger au-delà de ce qu'ils ont payé pour le prix de la ceſſion, n'eſt fondée que ſur la haine que méritent les acheteurs de procès qui ne paroiſſent pas avoir eu d'autre motif que l'amour des procès, pour acquérir les droits litigieux qu'ils ſe ſont fait céder ; donc il ne doit pas y avoir lieu à la peine portée par cette Loi, toutes les fois que la ceſſion des droits litigieux s'eſt faite pour une juſte cauſe.

Lorſqu'un héritier ou autre qui a déja de ſon chef une part dans une créance litigieuſe ou autre droit litigieux, acquiert à prix d'argent les parts de ſes cohéritiers ou copropriétaires, il eſt évident que cette ceſſion ſe fait par une juſte cauſe, qui eſt celle de ſortir de communauté. Le ceſſionnaire ne peut donc paſſer dans ce cas pour un acheteur de procès, & il doit être admis à faire valoir dans toute leur étendue les droits qui ont fait l'objet de la ceſſion. Mornac, au lieu ci-deſſus cité, dit que c'étoit l'avis des plus habiles Avocats de ſon temps.

Lorſqu'un créancier, en paiement de ce qui lui eſt dû, ſe fait céder une créance litigieuſe que ſon débiteur avoit contre un tiers, on peut diſtinguer deux cas : ſi ce créancier pouvoit facilement ſe faire payer de ce qui lui étoit dû, autrement que par cette ceſſion : je penſe qu'il pourroit être ſujet à la peine de la Loi, & regardé comme acheteur de procès. Mais s'il paroît qu'il ne pouvoit gueres ſe faire payer autrement, & qu'il a été obligé de prendre en paiement cette créance litigieuſe que ſon débiteur lui offroit, la ceſſion en ce cas a une juſte cauſe qui empêche de pouvoir regarder le ceſſionnaire comme un acheteur de procès : c'eſt pourquoi il doit en ce cas être admis à faire valoir dans toute ſon étendue la créance litigieuſe qui lui a été cédée.

Lorſque le poſſeſſeur d'un héritage, pourſuivi par un prétendu créancier hypothécaire du vendeur de l'héritage, achete cette créance pour un prix au-deſſous de la ſomme qui en fait l'objet, il faut auſſi diſtinguer ſi ce poſſeſſeur avoit un bon garant, & qu'au lieu de l'aſſigner pour le défendre contre ce prétendu créancier, il achete à bas prix la créance, pour faire enſuite un procès à ſon vendeur : je penſe qu'il eſt dans le cas de la Loi, & qu'il ne peut rien exiger au-delà du prix qu'il a payé pour cette créance. Mais ſi ce poſſeſſeur avoit un mauvais garant qui n'eut pu le défendre, & qu'il eût acheté cette créance pour ſe conſerver la poſſeſſion de cet héritage, je penſe que la ceſſion ayant en ce cas une juſte cauſe, il pourroit, s'il étoit pourſuivi par des créanciers poſtérieurs, la faire valoir contre eux dans toute ſon étendue.

594. On peut encore concevoir d'autres cas auxquels la ceſſion de droits

litigieux doit paroître avoir été faite pour une juſte cauſe, & n'être pas ſujette à la diſpoſition de ces Loix.

En voici un qui eſt rapporté par Brunneman, *ad h. l.* ſçavoir, lorſque cette ceſſion eſt faite à quelqu'un à cauſe de la vente qui lui a été faite de quelqu'autre choſe, *in conſequentiam alterius rei venditæ.* Par exemple, vous m'avez vendu une terre avec toutes les créances que vous aviez contre les fermiers des différentes métairies qui en dépendent; quoique parmi ces créances, il y en eût une litigieuſe qui m'a été vendue en même temps que la terre, mais pour un prix ſéparé, & beaucoup inférieur à la ſomme qui fait l'objet de cette créance litigieuſe, cette ceſſion ne doit pas être ſujette à la diſpoſition de la Loi *per diverſas;* car on ne peut en ce cas me ſoupçonner d'avoir recherché l'acquiſition d'un procès. Si j'ai acquis cette créance litigieuſe, c'eſt par une ſuite de l'acquiſition de la terre, & parce que le vendeur en me vendant ſa terre, n'a rien voulu réſerver de tout ce qui pourroit lui être dû par ſes fermiers.

Il faudroit décider autrement, ſi la terre m'ayant été vendue ſans cette créance litigieuſe, après un certain intervalle de temps, j'achetois cette créance; parce qu'en ce cas rien ne m'obligeoit de l'acheter.

595. Un autre cas, ſuivant Brunneman, qui cite les Docteurs *ad has leges*, c'eſt lorſque le droit qui a été vendu comme litigieux, a été vendu en juſtice; *ſi nomen ſub haſtâ venditum. Putà*, ſi une rente pour laquelle j'avois procès avec mon débiteur qui la ſoutenoit preſcrite, & que je ſoutenois au contraire ne l'être pas, a été licitée entre mes héritiers & adjugée à un étranger, à la charge que l'adjudicataire ſe chargera de l'événement du procès. Quoique cette adjudication renferme une vente d'un droit litigieux faite à un étranger, néanmoins elle ne ſera pas ſujette à la diſpoſition de la Loi *per diverſas*, parce que l'adjudicataire ne peut en ce cas être regardé comme un odieux acheteur de procès, qui a recherché l'acquiſition d'un droit litigieux, ayant été par l'affiche & les proclamations invité en quelque façon par la Juſtice à l'acquérir.

596. Hors ces cas il y a lieu à la diſpoſition de la loi, ſans qu'on doive avoir égard à la qualité ou dignité de la perſonne de l'acheteur pour l'en exempter, comme l'avoit penſé J. Faber, dont Mornac, avec raiſon, rejette l'opinion.

Il n'importe pas non plus que la ceſſion des droits litigieux ait été faite pour de l'argent ou pour quelqu'autre choſe. Le ceſſionnaire n'eſt pas reçu à exiger plus que la valeur des choſes qu'il a données pour cette ceſſion; Brunneman, *ad d.* LL.

Il n'importe pas non plus que les droits litigieux ſoient pourſuivis contre le débiteur ſous le nom du ceſſionnaire ou ſous le nom du cédant. Le débiteur, en ce dernier cas, en juſtifiant par le rapport de la ceſſion que le cédant ne fait que prêter ſon nom à ſon ceſſionnaire, doit être reçu à demander à être renvoyé de la demande, en offrant par lui de payer le prix de la ceſſion.

Même dans le cas où il ne pourroit rapporter la ceſſion, il peut déférer à cet égard le ſerment au demandeur.

597. Le droit qui eſt accordé par ces loix au débiteur de la dette litigieuſe

cédée à un tiers, eſt une eſpece de droit de retrait de la dette litigieuſe qui lui eſt accordé ſur le ceſſionnaire. Le débiteur, en rembourſant le ceſſionnaire, eſt admis à prendre ſon marché. L'achat que le ceſſionnaire avoit fait de la dette litigieuſe, eſt détruit en la perſonne de ce ceſſionnaire, & paſſe en celle du débiteur, qui eſt cenſé avoir lui-même racheté ſa dette du créancier, & en avoir tranſigé avec lui pour la ſomme portée en la ceſſion.

Ce retrait eſt très-équitable. Le bien de la paix exige que le débiteur qui, en prenant pour lui le marché, éteint le procès auquel la dette litigieuſe devoit donner lieu, ſoit préféré pour ce marché, à un odieux acheteur de procès.

Le débiteur, pour exercer ce retrait, doit rembourſer au ceſſionnaire la ſomme que le ceſſionnaire a payée au créancier pour le prix de la ceſſion, & lui apporter acquit ou décharge de celle qu'il ſe ſeroit obligé de payer, & qu'il n'auroit pas encore payée : il doit auſſi les intérêts des ſommes payées par le ceſſionnaire. La loi *per diverſas* s'en explique formellement : *Uſque ad ipſam tantummodò ſolutarum pecuniarum quantitatem & USURARUM ejus actiones exercere permittatur.* Mais ces intérêts ne peuvent être prétendus par le ceſſionnaire que depuis qu'il a fait ſigner ſon tranſport au débiteur, qui peut dire, que s'il lui en eût donné connoiſſance plutôt, il l'eût rembourſé plutôt, & eût empêché les intérêts de courir.

Enfin le débiteur doit rembourſer le ceſſionnaire des frais du tranſport, de la ſignification & de la demande ; car c'eſt un principe commun à toutes les eſpeces de retrait, que le retrayant doit indemniſer celui ſur qui le retrait s'exerce.

Le débiteur eſt admis à ce retrait, & à offrir au ceſſionnaire le rembourſement du prix de la ceſſion, même après que la cauſe ſur la demande du ceſſionnaire a été conteſtée. C'eſt l'avis de Brunneman ; *ad d.* L.

Néanmoins ſi le ceſſionnaire, après une longue inſtruction, & après avoir par ſes ſoins & par ſes découvertes, levé tous les doutes ſur la légitimité de la créance à lui cédée, avoit mis le procès en état d'être jugé, je ne crois pas que le débiteur, à la veille du jugement, & à la veille de ſuccomber, dût être admis à ce retrait, & à offrir en conſéquence le rembourſement du prix de la ceſſion, car la choſe n'eſt plus entiere. Les dettes dont les loix accordent le retrait au débiteur ſur le ceſſionnaire, ſont celles qui ſouffrent difficulté, & qui donnent lieu à un procès ; mais lorſque le ceſſionnaire a, par l'inſtruction du procès, levé & éclairci toutes les difficultés qu'il y avoit ſur la légitimité de la dette, elle n'eſt plus dans le cas de celles dont les loix accordent ce retrait. D'ailleurs les loix n'accordent le retrait au débiteur, que pour empêcher le procès auquel la dette devoit donner lieu : il eſt contre l'eſprit des loix que le débiteur qui a voulu ſoutenir le procès juſqu'à la fin, ſoit admis, à la veille du jugement, à exercer ce retrait, ſur-tout ſi le jugement qui devoit intervenir étoit un jugement en dernier reſſort, qui dût mettre entiérement fin au procès.

598. Le débiteur, en rembourſant au ceſſionnaire le prix de la ceſſion, ne s'acquitte pas dans le for de la conſcience du ſurplus de la ſomme due, lorſqu'il ſçait devoir, ou lorſque c'eſt la cupidité qui lui fait illuſion pour ſe le diſſimuler. Le débiteur, par ce retrait qui le met au lieu & place du ceſſionnaire, eſt

censé avoir lui-même acheté de son créancier sa dette pour la somme portée par l'acte de cession. Mais un débiteur qui compose avec son créancier d'une dette litigieuse pour une certaine somme, n'est pas quitte dans le for de la conscience envers lui du surplus, lorsqu'il sçait devoir.

Le débiteur, qui sçait devoir la dette en entier, ne fait pas de tort au cessionnaire en le remboursant seulement du prix de la cession; car il n'a acquis qu'à la charge de ce retrait que la loi accorde au débiteur. Le débiteur a un grand intérêt de l'exercer; car s'il avoit payé la dette en entier au cessionnaire, il ne laisseroit pas de demeurer dans le for de la conscience, obligé envers le créancier à la réparation du tort qu'il lui a causé, en l'obligeant de vendre sa créance à perte, par le refus injuste qu'il lui a fait de le payer.

599. Observez aussi que ces loix sont faites en faveur du débiteur, & non en faveur du cédant qui ne seroit pas recevable à répéter la créance qu'il a vendue, en offrant au cessionnaire le remboursement du prix qu'il a reçu; Despeisses, *p.* 1, *tit.* 1, §. 2.

SEPTIEME PARTIE.

Des Actes & Contrats reſſemblans au Contrat de Vente.

Les actes & contrats qui reſſemblent au contrat de vente, quoiqu'ils ſoient néanmoins différens de ce contrat, ſont la dation en paiement, la donation rémunératoire, la donation onéreuſe, la donation à rente viagere, le contrat d'échange, les partages & licitations, la tranſaction. Nous en traiterons dans des articles ſéparés; & nous remarquerons leur différence avec le contrat de vente.

ARTICLE PREMIER.

De la Dation en paiement.

600. La dation en paiement eſt un acte par lequel un débiteur donne une choſe à ſon créancier, qui veut bien la recevoir à la place & en paiement d'une ſomme d'argent ou de quelqu'autre choſe qui lui eſt due.

Cet acte eſt fort reſſemblant au contrat de vente. La choſe qui eſt donnée en paiement, tient lieu de la choſe vendue; & la ſomme, en paiement de laquelle elle eſt donnée, tient lieu du prix: c'eſt pourquoi la Loi 4, *Cod. de evict.* dit que, *dare in ſolutum, eſt vendere.*

Néanmoins la dation en paiement n'eſt pas tout-à-fait un contrat de vente; & ce n'eſt pas la même choſe qu'un débiteur convienne avec ſon créancier qu'il lui vend une certaine choſe pour la ſomme de tant, qui viendra en compenſation de celle qu'il lui doit; ou qu'il ſoit dit que le débiteur donne à ſon créancier une telle choſe en paiement d'une telle ſomme qu'il lui doit.

601. 1°. Le contrat de vente eſt un contrat conſenſuel, qui eſt parfait par le ſeul conſentement des parties avant aucune tradition. La dation en paiement ne ſe fait que par la tradition, & même par la tranſlation de la propriété de la choſe donnée en paiement.

602. 2°. Lorſque j'ai vendu une choſe pour la ſomme de tant, qui viendroit en compenſation de pareille ſomme que je croyois vous devoir; ſi je viens à découvrir que je ne vous la devois pas, ou que je ne vous devois pas tant, je ne puis répéter la choſe que je vous ai vendue; mais je puis ſeulement répéter de vous le prix que j'ai par erreur compenſé avec une ſomme que je ne vous devois pas. L'action que j'ai contre vous eſt l'action *ex vendito quæ datur ad pretium conſequendum.* Au contraire, lorſque je vous ai donné une choſe en paiement d'une ſomme que je croyois par erreur vous devoir, c'eſt la choſe même que j'ai droit de répéter de vous; car mon action en ce cas eſt celle qu'on appelle *condictio indebiti per errorem ſoluti*, ou *condictio ſine causâ*, leſquelles actions ont pour objet la répétition de la choſe qui a été payée.

Pareillement, lorſque je vous ai donné une choſe en paiement d'une ſomme

de 200 liv. que je croyois vous devoir, quoique je ne vous duſſe que 100 liv.; ce ne ſont pas les 100 liv. que je puis répéter, mais la choſe : & je la dois répéter entiere aux offres de vous payer les 100 liv. que je vous devois; car je ne puis vous obliger à avoir en commun avec moi cette choſe que vous n'euſſiez pas reçue en paiement, ſi vous n'euſſiez cru l'avoir entiere : *Condictio rei integræ manet & obligatio incorrupta; ager autem retinebitur, donec debita pecunia ſolvatur;* L. 26, §. 4, *condict. indeb.*

Quid, ſi vous vouliez retenir la choſe en me rendant les cent livres que je ne vous devois pas? Dumoulin, *de contr. uſ. q.* 14, *n.* 182, décide que je pourrois pareillement vous obliger à la reſtitution de la choſe, aux offres de vous payer, parce que je ne l'euſſe pas non plus donnée en paiement, ſi j'euſſe ſçu ne devoir que partie de la ſomme. Dumoulin, *ibid.* excepte le cas auquel je l'aurois expoſée en vente.

603. 3°. Celui qui a vendu une choſe de bonne foi, s'en croyant le propriétaire, n'eſt pas préciſément obligé d'en transférer la propriété à l'acheteur, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 1; & l'acheteur, tant que perſonne ne le trouble dans la poſſeſſion de la choſe, ne peut pas prétendre que le vendeur n'ait pas rempli ſes obligations; L. 30, §. 1, *de act. empt.*

Au contraire, la dation en paiement n'eſt valable qu'autant que le débiteur transfere au créancier la propriété de la choſe que le créancier a conſenti de recevoir en paiement de la ſomme qui lui étoit due; car il n'y a pas de vrai paiement ſans tranſlation de propriété, ſuivant cette regle de Droit : *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt;* L. 167, ff. *de reg. jur.* C'eſt pourquoi ſi le créancier qui a reçu une choſe en paiement de la ſomme d'argent qui lui étoit due, vient à découvrir que ſon débiteur n'en étoit pas le propriétaire, & conſéquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété; quoiqu'il n'ait encore ſouffert aucun trouble de la part du véritable propriétaire, il peut demander à ſon débiteur la ſomme qui lui eſt due, en offrant de lui rendre la choſe qu'il avoit reçue en paiement; un tel paiement étant nul, & n'ayant pu libérer le débiteur. *Voyez notre Traité des Obligations, p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 3.

604. Nonobſtant la différence que nous venons de rapporter, il faut convenir que la dation en paiement a beaucoup de reſſemblance avec le contrat de vente. C'eſt en conſéquence de cette reſſemblance que lorſque le créancier, à qui une choſe a été donnée en paiement, en eſt évincé, il a une action contre le débiteur qui la lui a donnée en paiement, *ad inſtar* de celle qu'a un acheteur contre ſon vendeur, *utilem actionem ex empto;* & de même que l'acheteur en cas d'éviction conclut contre le vendeur à la reſtitution du prix, & en ſes dommages & intérêts, *ſi quid ſuprà pretium ejus interſit rem habere licere;* comme nous l'avons vu, *p.* 2, *n.* 68 & 130. De même le créancier conclut par cette action contre ſon débiteur à ce qu'il ſoit tenu de lui payer la ſomme en paiement de laquelle la choſe dont il a été évincé, lui avoit été donnée, le paiement de cette ſomme étant comme la reſtitution du prix de la ceſſion; & de plus à ce qu'il ſoit condamné en ſes dommages & intérêts : *Si quid ſuprà hanc ſummam ejus interſit rem habere licere.* C'eſt ce qui réſulte de la Loi 24, ff. *de pign. act.*, & de la Loi 4, *Cod. de evict.* qui donnent expreſſément dans ce cas *utilem actionem ex empto,*

Obſervez qu'outre cette action *utilis ex empto*, le créancier, en cas d'éviction de la choſe qui lui a été donnée en paiement, a auſſi l'action qui naît de ſa créance, de laquelle le débiteur n'a pu être libéré par un paiement qui ſe trouve inefficace; L. 98, ff. *de ſolut.* Mais l'action *utilis ex empto* lui eſt ſouvent plus avantageuſe, parce qu'elle comprend ſes dommages & intérêts, *ſi quid ſuprà interſit.*

605. Ce n'eſt pas ſeulement pour le cas de l'éviction, que celui qui donne une choſe en paiement à ſon créancier, contracte envers lui la même obligation de garantie que contracte un vendeur; il en eſt de même des autres cas de garantie. Il eſt pareillement tenu *utili actione ex empto* de garantir celui à qui il a donné une choſe en paiement, des charges réelles qu'il ne lui auroit pas déclarées, & des vices redhibitoires dont cette choſe ſe trouveroit entachée, de la même maniere qu'un vendeur en eſt tenu.

Il eſt auſſi tenu, de même qu'un vendeur *utili actione ex empto*, des dommages & intérêts de ſon créancier à qui il a donné une choſe en paiement, lorſqu'elle n'a pas toute la contenance ni toutes les qualités qu'il lui a déclaré qu'elle avoit.

606. Enfin la bonne foi impoſe aux parties dans la dation en paiement les mêmes obligations qu'elle impoſe dans un contrat de vente. Celui qui donne une choſe en paiement, non-ſeulement ne doit faire aucun menſonge pour porter le créancier à l'accepter; il ne doit pas même uſer d'aucune réticence des défauts de cette choſe qui pourroient empêcher ſon créancier de l'accepter en paiement. Il ne doit pas non plus la donner en paiement pour un prix plus conſidérable que ſon juſte prix, à moins que le créancier, ayant connoiſſance du juſte prix, ne conſente par libéralité à la prendre pour un prix plus cher qu'elle ne vaut. *Vice versâ* le créancier, de ſon côté, ne doit pas prendre la choſe en paiement pour un prix moindre qu'elle ne vaut. Lorſque de part ou d'autre la léſion eſt d'outre moitié, on accorde à la partie léſée la même action reſciſoire qui a lieu dans le contrat de vente.

C'eſt auſſi en conſéquence de la reſſemblance qu'a la dation en paiement avec le contrat de vente, qu'elle donne lieu au profit de vente & au retrait.

ARTICLE II.

De la donation remunératoire.

607. Lorſqu'une donation rémunératoire eſt faite pour récompenſe de ſervices mercénaires appréciables à prix d'argent, & pour leſquels celui qui les a rendus auroit action pour en obtenir la récompenſe; ſi la valeur des choſes données n'excede pas celle des ſervices, une telle donation, quoique qualifiée du nom de donation par l'acte qui en a été paſſé, n'a de donation que le nom, & eſt une véritable *dation en paiement*, à l'égard de laquelle, tout ce que nous avons dit au paragraphe précédent de la dation en paiement, reçoit application.

608. Lorſque la valeur des choſes données excede celle des ſervices, la donation faite en récompenſe de ces ſervices, eſt en ce cas un acte d'une nature

mixte : elle eſt *dation en paiement*, & tient de la vente juſqu'à concurrence de la valeur des ſervices; elle eſt dation pour ce que les choſes données valent de plus.

609. De-là il ſuit que ſi je vous ai donné un héritage de valeur de trente mille livres en récompenſe de ſervices de valeur de vingt mille livres, l'acte étant dation en paiement, & conſéquemment tenant de la vente pour les deux tiers, & étant vraie donation pour l'autre tiers; ſi vous ſouffrez éviction de cet héritage, comme vendeur pour les deux tiers de cet héritage, je ſerai tenu pour les deux tiers de l'éviction, & des dommages & intérêts qui en réſultent.

Si vous n'avez ſouffert éviction que du tiers ou d'une moindre portion, je ne ſerai point tenu envers vous de cette éviction; car n'étant réputé vendeur que des deux tiers de l'héritage, tant que vous avez les deux tiers, mon obligation eſt remplie : vous pouvez ſeulement en ce cas demander que je ſois tenu de reprendre les deux tiers qui vous reſtent de l'héritage, & de vous payer vos ſervices; parce que vraiſemblablement vous n'avez pas voulu acquérir un héritage pour partie, & vous n'avez conſenti à prendre ces deux tiers en paiement de vos ſervices, qu'autant que vous auriez l'autre tiers à titre de donation. C'eſt le cas de l'action qu'on appelle en Droit *condictio cauſâ datâ, cauſâ non ſecutâ.*

610. Il y a plus de difficulté dans le cas auquel vous ſouffririez éviction d'un morceau de terre qui eſt une des parties intégrantes de cet héritage. Quoique ce morceau de terre ne ſoit tout au plus que le tiers, ou ſoit même une portion beaucoup moindre que le tiers du total de l'héritage; *ſtricto jure*, je dois être tenu envers vous pour les deux tiers de cette éviction & des dommages & intérêts en réſultans; car dans la donation rémunératoire que je vous ai faite de cet héritage, n'ayant pas diſtingué quelles parties intégrantes de cet héritage je donnois en paiement de vos ſervices, & quelles autres parties je vous donnois outre le paiement de vos ſervices, je ſuis cenſé être vendeur pour les deux tiers, & donateur pour l'autre tiers de chacune des parties intégrantes qui compoſent l'héritage, de même que du total de l'héritage; & par conſéquent je ſuis, comme vendeur, tenu pour les deux tiers de l'éviction de chacune deſdites parties. Il faut néanmoins avouer que l'équité ſemble en ce cas réſiſter à la rigueur du principe.

611. Lorſque la donation rémunératoire eſt faite en récompenſe de ſervices qui ne ſont pas de nature à être appréciés à prix d'argent, pour leſquels celui qui les a rendus n'auroit pas d'action pour en demander la récompenſe, & pour leſquels celui qui les a reçus n'eſt obligé qu'aux devoirs de la reconnoiſſance, la donation faite en récompenſe de ces ſervices, quelque importans qu'ils ſoient, eſt une pure donation qui ne tient rien du contrat de vente.

ARTICLE III.

Des donations onéreuſes.

612. La donation onéreuſe eſt la donation d'une choſe qui eſt faite ſous certaines charges que le donateur impoſe au donataire.

Si ces charges ſont appréciables à prix d'argent, & qu'elles égalent la valeur de la choſe donnée, une telle donation n'a de donation que le nom, & elle tient du contrat de vente. Le donateur eſt comme un vendeur, & il contracte envers l'autre partie les mêmes obligations qu'un vendeur contracte envers un acheteur ; & le donataire, de ſon côté, contracte l'obligation d'acquitter les charges qui lui ſont impoſées. Cette donation donne, de même que le contrat de vente, ouverture au retrait, & aux profits ſeigneuriaux.

613. Si les charges ſont à la vérité appréciables à prix d'argent, mais d'une moindre valeur que la choſe donnée : par exemple, ſi je vous ai donné un héritage de la valeur de trois mille livres, ſous des charges appréciables à deux mille livres, l'acte ſera d'une nature mixte : il tiendra de la vente pour les deux tiers, & de la donation pour un tiers ; & en conſéquence le donateur ſera tenu pour les deux tiers des obligations d'un vendeur, comme nous l'avons expliqué à l'égard de la donation remunératoire.

614. Lorſque les charges ne ſont pas appréciables à prix d'argent, l'acte eſt une vraie donation qui ne tient rien du contrat de vente. Le donataire en cas d'éviction n'a aucun recours contre le donateur ; il eſt ſeulement quitte des charges, s'il ne les a pas acquittées encore ; s'il les a acquittées, il n'en peut prétendre aucune récompenſe.

ARTICLE IV.

Des donations à rente viagere.

615. On doit diſtinguer à l'égard de cet acte, ſi la rente viagere eſt une rente qui excede notablement le revenu de l'héritage, ou ſi elle ne l'excede pas.

Lorſqu'elle excede notablement le revenu de l'héritage, de maniere qu'elle puiſſe paroître renfermer le prix de l'héritage, l'acte n'a en ce cas que le nom de donation. C'eſt un contrat ſemblable au contrat de vente qui produit les mêmes obligations, & qui donne pareillement lieu au retrait & aux profits ſeigneuriaux.

Lorſque la rente viagere eſt à-peu-près égale au revenu de l'héritage, la donation à rente viagere en ce cas eſt une vraie donation ; la rente viagere paroiſſant être plutôt le prix de la jouiſſance de l'héritage que le donateur pouvoit ſe réſerver par la donation, que le prix de l'héritage même. C'eſt pourquoi le donateur, en cas d'éviction, ne peut prétendre autre choſe que d'être quitte à l'avenir de la rente, ou pour le total, ou pour partie, ſuivant que l'éviction eſt du total ou d'une partie ; & il ne peut prétendre aucuns dommages & intérets contre le donateur.

616. Par l'Edit du mois d'Août 1661, Sa Majeſté, pour réprimer l'avidité des gens d'Egliſe, & empecher qu'ils ne dépouillaſſent les familles, a défendu de donner aux gens de main-morte des héritages ou rentes pour une rente viagere plus forte que n'eſt le revenu des choſes données ; même de donner de l'argent pour une rente viagere plus forte que le taux de l'Ordonnance ; à peine de nullité des contrats, confiſcation des choſes données,

& mille écus d'amende contre les Communautés, le tout applicable pour un tiers au denonciateur, & pour le ſurplus aux Hôpitaux de Paris.

Les Hôpitaux de Paris avoient été, par l'Edit, exceptés de cette défenſe. Mais par un autre Edit du mois de Janvier 1690, ils y ont été aſſujettis. *Voyez ſur les rentes viageres ce que nous dirons dans notre Traité du Contrat de Conſtitution de Rente.*

ARTICLE V.

Du Contrat d'échange, & des Actes qui y ont rapport.

617. Le Contrat d'Echange eſt un contrat par lequel l'un des contractans s'oblige à donner une choſe à l'autre, à la place immédiatement d'une autre choſe que l'autre contractant s'oblige de ſa part de lui donner.

J'ai dit *immédiatement ;* car ſi nous convenions enſemble que je vous donnerai telle choſe pour un certain prix, en paiement duquel vous me donnerez de votre côté une autre choſe, cette convention n'eſt pas un contrat d'échange, mais elle renferme une vente que j'ai faite de ma choſe, & une dation de la vôtre que vous me faites en paiement du prix de la mienne.

618. Il faut auſſi pour le contrat d'échange, que chacun des contractans compare la valeur de la choſe qu'il donne, à celle de la choſe qu'il reçoit, & qu'il ait intention d'acquérir à-peu-près autant qu'il donne. Mais ſi deux amis ſe donnent mutuellement l'un une choſe, & l'autre une autre choſe, ſans égard à leur valeur ; c'eſt une donation mutuelle qu'ils ſe font : ce n'eſt pas un contrat d'échange.

619. Le contrat d'échange a de la reſſemblance avec le contrat de vente. Il tenoit lieu du contrat de vente dans les premiers âges du monde, avant qu'on eût inventé l'uſage de la monnoie qui a donné naiſſance au contrat de vente. C'eſt pourquoi les Sabiniens penſoient que l'échange étoit un vrai contrat de vente ; L. 1, ff. *de contrah. empt.*

L'opinion des Proculéiens qui décident que le contrat d'échange eſt différent du contrat de vente, eſt plus véritable. La principale différence eſt, que dans le contrat de vente on diſtingue la choſe & le prix ; on diſtingue entre les contractans, le vendeur & l'acheteur. Au contraire, dans le contrat d'échange, chacune des choſes eſt tout-à-la-fois la choſe & le prix ; chacun des contractans eſt tout-à-la-fois vendeur & acheteur ; *d.* L. 1, §. 1 ; L. 1, *de permut.*

620. Quoique le contrat d'échange ſoit différent du contrat de vente ; néanmoins comme il produit dans chacun des contractans, les mêmes obligations de garantie que le contrat de vente produit dans le vendeur, on ne peut diſconvenir que le contrat d'échange ne ſoit un contrat reſſemblant au contrat de vente, & tenant de la nature de ce contrat : *Permutationem vicem emptoris obtinere non eſt juris incogniti ;* L. 2, *Cod. de rer. permut. Permutatio vicina eſt emptioni ;* L. 2, ff. *de permut.*

621. Selon les principes du Droit Romain, l'échange n'étoit pas un contrat purement conſenſuel. La ſimple convention d'échange par laquelle deux perſonnes étoient convenues d'échanger une choſe contre une autre, tant

qu'elle n'avoit pas encore été exécutée de la part de l'une des parties, n'étoit qu'un ſimple pact, *nudum pactum*, qui ſelon les principes du Droit Romain ne produiſoit aucune obligation civile; car il n'y avoit qu'un certain nombre de conventions qui, ſans avoir reçu encore aucune exécution, & ſans être revêtues de la forme de la ſtipulation, produiſiſſent une obligation civile; le droit civil leur avoit attribué des actions qui leur étoient propres, à cauſe deſquelles on appelloit ces conventions *contrats nommés*. La vente étoit du nombre de ces *contrats nommés*; mais l'échange étant, ſelon le ſentiment des Proculéiens qui avoit prévalu, une convention différente de la vente, n'étoit qu'un ſimple pact, qui, n'étant pas revêtu de la forme de la ſtipulation, ne produiſoit pas d'obligation civile. Néanmoins ſi en exécution de cette convention d'échange, l'une des parties avoit donné à l'autre la choſe qu'elle avoit promis de lui donner en échange, la convention par ce commencement d'exécution devenoit un contrat innommé, *do ut des*, d'où naiſſoit une action qu'on appelloit *præſcriptis verbis*, par laquelle celle des parties qui avoit exécuté de ſa part la convention, pouvoit contraindre l'autre à l'exécution de la ſienne. C'eſt pourquoi, ſuivant le Droit Romain, le contrat d'échange doit être un *contrat réel*; L. 1, §. 2, ff. *de permut.*; L. 3, *Cod. d. tit.*

Cette diſtinction entre les contrats & les ſimples pacts, n'ayant aucun fondement dans la raiſon & l'équité naturelle, & étant une pure invention de la politique des Patriciens, pour rendre difficile la pratique du Droit Civil, & tenir par-là le peuple dans leur dépendance, a été, avec raiſon, rejettée dans notre Droit, comme nous l'avons déja obſervé en notre Traité des Obligations. C'eſt pourquoi parmi nous la convention d'échange dès avant qu'il ait reçu aucune exécution, & auſſi-tôt que le conſentement des parties eſt intervenu, produit de part & d'autre une obligation civile, & elle eſt un contrat conſenſuel, de même que le contrat de vente.

Les Juriſconſultes Romains ont obſervé une autre différence entre le contrat de vente & le contrat d'échange, qui, paroiſſant avoir ſon fondement dans la nature de ces contrats, peut être admiſe dans notre Droit. Dans le contrat de vente, il n'y a que l'acheteur qui ſoit obligé préciſément à transférer au vendeur la propriété de l'argent qui fait le prix de la vente: *emptor nummos venditoris facere cogitur*; L. 11, §. 2, ff. *act. empt.* Mais le vendeur lorſqu'il a vendu une choſe qu'il croyoit de bonne foi lui appartenir, n'eſt pas obligé préciſément à transférer à l'acheteur la propriété de la choſe vendue; il s'oblige ſeulement à le défendre lorſqu'il ſera troublé: *hactenùs tenetur ut emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*; L. 30, ff. 1, ff. *d. tit.*

Au contraire, comme dans le contrat d'échange, chaque choſe eſt tout-à-la-fois & la choſe & le prix, & chacun des contractans eſt vendeur & acheteur, chacun d'eux eſt obligé préciſément à transférer à l'autre la propriété de la choſe qu'il lui donne. C'eſt pourquoi celui des contractans qui a reçu la choſe qui lui a été donnée en échange, quoiqu'il n'ait encore ſouffert aucun trouble dans la poſſeſſion de cette choſe, n'eſt pas obligé, de ſon côté, de donner celle qu'il a promiſe, s'il a découvert que la propriété

de celle qu'il a reçue ne lui a pas été transférée, & qu'elle n'appartenoit pas à celui qui la lui a donnée. Tout ce que celui-ci peut prétendre, c'eſt qu'on lui rende celle qu'il a donnée; L. 1, §. 4, ff. *de permut.* C'eſt en ce ce ſens que *Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*; *d.* L. 1, §. 3.

622. Dans le contrat d'échange, chacun des contractans ou permutans s'oblige envers l'autre à lui livrer la choſe qu'il a promis de lui donner en échange, à le garantir des évictions auſſi-bien que des charges réelles & des vices redhibitoires; & s'il ne ſatisfait pas à ſon obligation, il eſt tenu envers lui des dommages & intérêts réſultans de l'inexécution, de même que dans le contrat de vente, le vendeur en eſt tenu envers l'acheteur.

623. Le copermutant à qui je manque de livrer la choſe, ou à qui je défaus de garantie, a le choix ou de conclure contre moi à la condamnation de ſes dommages & intérêts, *actione utili ex empto*, ou de répéter la choſe qu'il m'a donnée en contre-échange; L. 1, *Cod. de rer. permut.*

Cette Loi faiſoit néanmoins à cet égard une diſtinction qui ne paroît pas fondée ſur aucune raiſon ſolide: c'eſt pourquoi je penſe que ce choix doit être accordé indiſtinctement à la partie évincée.

624. Tout ce qui a été dit à l'égard du contrat de vente, touchant les obligations qui naiſſent de la bonne foi qui doit régner dans ce contrat, & celles qui naiſſent des clauſes ſur la contenance ou la qualité des choſes vendues, le lieu ou le temps de leur tradition, reçoit une entiere application au contrat d'échange.

625. La choſe que chacun des contractans a promis de donner en échange à l'autre, eſt aux riſques de celui à qui on a promis de la donner, de même que la choſe vendue eſt aux riſques de l'acheteur dans le contrat de vente; & ſi elle vient à périr ſans le fait ni la faute de celui qui l'a promiſe, & avant qu'il ait été conſtitué en demeure de la donner, il eſt libéré de ſon obligation, ſans que celui à qui elle a été promiſe, puiſſe répéter celle qu'il a donnée de ſa part; & ſans même qu'il puiſſe être déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la donner, s'il n'y a pas encore ſatisfait: de même que dans le contrat de vente l'acheteur ne peut pas en ce cas répéter le prix qu'il a payé, ni en éviter le paiement s'il ne l'a pas encore payé. Les raiſons ſur leſquelles nous avons établi ce principe à l'égard du contrat de vente, *ſuprà*, *part.* 4, militent également à l'égard du contrat d'échange. Les limitations que nous y avons apportées reçoivent auſſi leur application à l'égard du contrat d'échange.

626. Celui qui a donné des meubles en échange d'autre choſe, ne peut attaquer le contrat, quelque léſion qu'il prétende avoir ſoufferte dans l'eſtimation deſdits meubles: car la regle de notre Droit François, rapportée en l'article 446 de notre Coutume d'Orléans, qui rejette le bénéfice de reſtitution en aliénation de meubles, eſt une regle générale qui renferme l'échange auſſi-bien que la vente. Mais celui qui a donné un immeuble en échange contre des choſes dont la valeur eſt au-deſſous de la moitié du juſte prix de cet immeuble, doit, de même qu'un vendeur, être admis à demander la reſciſion du contrat, ſi mieux n'aime l'autre copermutant ſuppléer ce qui manque au juſte prix.

627.

627. Il nous reſte à obſerver au ſujet du contrat d'échange, que lorſqu'il eſt d'un immeuble contre un autre immeuble, & qu'il eſt fait but-à-but & ſans aucun retour en deniers ou en autres choſes mobiliaires, il n'eſt ſujet par les Coutumes ni aux profits de vente, ni au retrait. S'il y a un retour, celui des copermutants qui a acquis moyennant ce retour, doit le profit de ventes pour ce retour & juſqu'à concurrence de ce retour; (*Orleans*, 13 & 110.)

A l'égard du retrait, ſuivant le Droit le plus commun, le retour en deniers ou autres choſes mobiliaires, n'y rend le contrat d'échange ſujet que lorſque le retour excede la moitié de la valeur de l'héritage pour lequel on a donné ce retour. Il y a néanmoins à cet égard une grande variété dans les Coutumes. *Voyez notre Traité des Retraits, qui ſert d'Appendice à celui-ci*, part. 1, chap. 4, art. 3, §. 1.

628. Lorſque l'échange eſt d'un héritage contre des meubles, il donne de même que le contrat de vente, ouverture aux profits ſeigneuriaux & au retrait : il eſt à cet égard réputé contrat équipollent à vente ; autrement rien ne ſeroit plus facile que de déguiſer tous les contrats de vente, ſous l'apparence de tels échanges en fraude des Seigneurs & des lignagers.

629. Il ne faut pas omettre un des principaux effets de l'échéance : c'eſt que la choſe que je reçois en échange de celle que j'ai donnée, ſe ſubroge de plein droit à celle que j'ai aliénée, & elle prend à ſa place les qualités extrinſeques que celle-ci avoit, & qu'elle a perdues par l'aliénation que j'en ai faite. Delà cette regle, *Subrogatum capit naturam ſubrogati.*

Obſervez néanmoins qu'il faut pour cela que la choſe que je reçois en échange ſoit de nature à être ſuſceptible des qualités de celle que j'ai aliénée. Par exemple, ſi je reçois une rente conſtituée en échange d'un héritage qui étoit un de mes propres paternels ; cette rente acquerra bien par la ſubrogation la qualité de propre paternel de ſucceſſion qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, parce qu'il ſuffit que cette rente ſoit immeuble pour être ſuſceptible de la qualité de propre de ſucceſſion ; mais elle n'acquerra pas la qualité de propre de retrait qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, parce que les rentes conſtituées ne ſont pas ſuſceptibles de cette qualité. Si c'eſt contre des meubles que j'ai échangé mon héritage propre paternel, ces meubles n'acquerront pas la qualité de propre de ſucceſſion, ni de propre de retrait qu'avoit mon héritage ; des meubles n'étant ſuſceptibles ni de l'une ni de l'autre de ces qualités.

Il eſt évident que la choſe que je reçois en échange de celle que j'ai donnée, ne peut recevoir par cette ſubrogation d'autres qualités que celles que cette choſe avoit, & telles quelle les avoit. C'eſt pourquoi ſi j'ai acquis un héritage en échange d'une rente conſtituée, qui étoit un de mes propres paternels, cet héritage aura bien la qualité de propre paternel de ſucceſſion qu'avoit cette rente, mais il n'aura pas la qualité de propre de retrait, quoiqu'il ſoit de nature à être capable de cette qualité ; car étant ſubrogé à une rente conſtituée, il ne peut pas acquérir la qualité de propre de retrait que la rente n'avoit pas & ne pouvoit avoir.

Il eſt encore évident que la choſe que je reçois en échange, ne peut ac-

quérir par la ſubrogation que les qualités extrinſeques qu'avoit la choſe que j'ai donnée, & qu'elle perd par l'aliénation que j'en fais; telles que ſont les qualités de propre d'une telle ou d'une telle ligne. Mais la ſubrogation ne peut faire paſſer les qualités de féodal & de cenſuel qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné, à celui que j'ai reçu à la place; car ce ſont des qualités intrinſeques qui ne peuvent paſſer d'un héritage à l'autre.

Il en eſt de même des charges d'hypotheque, de ſubſtitution, & autres ſemblables qui ſeroient ſur l'un des héritages échangés : elles demeurent ſur cet héritage, nonobſtant l'aliénation que j'en ai faite, & elles ne paſſent pas à celui qui m'eſt donné en contre-échange. Si celui-ci devient auſſi hypothéqué à mes créanciers, c'eſt par une autre raiſon, qui eſt que je leur ai hypothéqué tous mes biens préſens & à venir.

ARTICLE VI.

Des partages.

630. Selon les principes du Droit Romain, différens en cela des principes de notre Droit, le partage entre cohéritiers ou entre tous autres copropriétaires, étoit regardé comme une eſpece de contrat d'échange par lequel j'étois cenſé échanger la portion indiviſe que j'avois dans les choſes qui tomboient dans votre lot, contre celle que vous aviez dans les choſes qui tomboient dans le mien. C'eſt pourquoi le partage eſt appellé *permutatio*, en la Loi 77, §. 18, ff. *de leg.* 2°.; & il eſt dit en la Loi 1, *Cod. comm. utr. jud.* que *vicem emptionis obtinet.*

C'eſt ſur ce principe qu'Ulpien décide en la Loi 6, §. 8, ff. *comm. divid.* que mon créancier conſerve ſon hypotheque ſur la part que j'avois avant partage dans les choſes qui ſont tombées en votre lot; parce qu'étant cenſé tenir de moi cette part, & l'avoir acquiſe de moi par le partage, vous ne pouvez l'avoir acquiſe que telle que je l'avois, & avec la charge des hypotheques de mes créanciers.

Selon les principes de notre Droit François, très-oppoſés à ceux du Droit Romain, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange : ce ne ſont pas des actes par leſquels les copartageans acquierent, ni ſoient cenſés acquérir rien les uns des autres. Un partage, ſuivant nos principes, n'eſt autre choſe qu'un acte qui détermine la part indéterminée qu'avoit avant le partage chaque cohéritier dans la maſſe qui a été partagée, aux ſeules choſes qui tombent dans ſon lot.

Avant le partage, chacun des copartageans a une part ou une moitié dans la maſſe qui eſt à partager, qui n'a rien de certain ni de déterminé par rapport à ce dont cette part doit être compoſée : elle n'eſt déterminée que par le partage aux choſes qui lui ſont aſſignées : elle eſt cenſée avoir été compoſée de ces choſes dès le commencement, & n'avoir jamais compris rien de ce qui eſt tombé dans les autres lots.

Par exemple, lorſque des cohéritiers partagent enſemble les biens d'une ſucceſſion, le partage détermine tellement la part de chacun des héritiers dans la

ſucceſſion aux choſes qui tombent dans ſon lot, que chacun deſdits héritiers eſt cenſé avoir ſuccédé au défunt dès l'inſtant de ſa mort, auxdites choſes pour le total, & n'avoir ſuccédé à rien de ce qui eſt tombé dans les autres lots.

Pareillement lorſque pluſieurs perſonnes ont été conjointement légataires d'un héritage, ou lorſqu'elles l'ont acheté en commun, & que par la ſuite elles le partagent, chacun eſt cenſé avoir été ſeul légataire ou ſeul acheteur de ce qui eſt tombé dans ſon lot, & n'avoir été légataire ni acheteur de rien de ce qui eſt tombé dans les autres lots.

Cela a lieu quoique le partage ait été fait avec retour en deniers ou en rente. Celui à qui eſt tombé le lot le plus fort, eſt cenſé avoir été héritier ou légataire, ou acheteur du total de ce qui y eſt contenu, à la charge du retour; & celui à qui eſt tombé le plus foible lot, eſt cenſé n'avoir été héritier ou légataire ou acheteur, que des choſes qui y ſont tombées, au moyen du retour que lui font ſes copartageans.

Il eſt évident, ſuivant ces principes, que le partage eſt un acte qui n'a aucun rapport avec le contrat d'échange, ni encore moins avec le contrat de vente, ſoit qu'il ſoit fait ſans retour, ſoit avec retour en deniers; car, ſuivant ces principes, le partage n'eſt point un titre d'acquiſition : je n'acquiers proprement rien par le partage que je fais avec mes cohéritiers ou autres copropriétaires; & tout l'effet du partage ſe réduit à rendre déterminé à de certaines choſes le droit que j'avois, qui étoit auparavant indéterminé.

631. C'eſt en conſéquence de ce principe que notre Coutume d'Orléans, *art.* 15, obſervée à cet égard dans celles qui n'ont pas de diſpoſition contraire, décide qu'il n'eſt dû aucun profit de fief pour partage, quoiqu'il y ait tournes. L'article 113 ne contient rien de contraire, quoiqu'il ſoit dit à la fin de cet article 113, qu'entre autres perſonnes que cohéritiers eſt dû profit pour les tournes; car par ces mots, *autres perſonnes*, on doit entendre un tiers qui auroit acheté la part de l'un des héritiers; & en cette qualité de ceſſionnaire, auroit partagé avec les autres héritiers. Ce tiers doit profit pour les tournes, dont le lot qui lui eſt tombé par le partage eſt chargé; mais il ne doit pas ce profit pour les tournes à raiſon du partage, qui n'étant pas conſidéré comme un titre d'acquiſition, ne peut donner lieu à des profits; mais il le doit pour raiſon de la vente qui lui a été faite de la part de ce cohéritier, ces tournes étant une augmentation du prix de cette part dont il doit le profit. *Voyez nos notes ſur l'art.* 15 *de la Coutume, où cela eſt éclairci par un exemple.*

632. Les copartageans contractent par le partage l'obligation de ſe garantir réciproquement les choſes qui tombent dans leurs lots reſpectifs; mais cette obligation eſt différente de celle qu'un vendeur contracte envers l'acheteur, & tout autre cédant envers le ceſſionnaire. Le vendeur ou autre cédant à titre onéreux, en conſéquence de l'obligation qu'il contracte *præſtare emptori rem habere licere*, eſt tenu envers l'acheteur, en cas d'éviction, non-ſeulement à la reſtitution du prix, mais à tous les dommages & intérêts que l'acheteur ſouffre de l'éviction au-delà du prix, à cauſe des augmentations intrinſeques ou extrinſeques ſurvenues à la choſe, *in id omne quod ſuprà pretium emptoris intereſt rem habere licere*, comme nous l'avons vu, *part.* 2, *n.* 145. Au contraire,

lorſqu'un cohéritier ou un autre copartageant a ſouffert éviction d'une choſe tombée en ſon lot, ſes copartageans ſont ſeulement tenus de lui faire raiſon de la ſomme pour laquelle cette choſe lui a été donnée en partage, laquelle raiſon ils ſont tenus de lui faire chacun pour leur part, la ſienne demeurant confuſe; mais ils ne ſont pas tenus des dommages & intérêts réſultans de l'éviction par rapport à l'augmentation ſurvenue depuis le partage en la choſe évincée. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin en ſon Traité *de eo quod intereſt*, *n. 143 & ſeq.*

Par exemple, ſi nous ſommes quatre héritiers qui ayons partagé un patrimoine de cent mille livres, & que j'aie ſouffert éviction d'une maiſon qui m'a été donnée en partage pour huit mille livres, chacun de mes cohéritiers ſera tenu de me faire raiſon ſeulement de deux mille livres, quoique la maiſon, lors de l'éviction, ſe trouvât de valeur de douze mille livres; parce que le quartier où elle eſt ſituée eſt devenu beaucoup plus marchand qu'il ne l'étoit lors du partage. En cela ces cohéritiers ſont différens d'un vendeur, ou autre cédant à titre onéreux; car ſi quelqu'un m'avoit vendu une maiſon pour huit mille livres, & que le prix de cette maiſon fût monté à douze mille livres, il ſeroit tenu en cas d'éviction en mes dommages & intérêts montant à quatre mille livres au-delà du prix de huit mille livres qu'il doit me reſtituer, comme nous avons vu, *part.* 2, *n.* 132. La raiſon de différence eſt que mes cohéritiers ou autres copartageans ne peuvent être conſidérés comme mes cédans par rapport à la choſe dont je ſouffre éviction, puiſque ſuivant nos principes, les copartageans, par les partages, ne ſe cedent rien & ne tiennent rien les uns des autres. La ſeule raiſon ſur laquelle eſt fondée la garantie des copartageans, eſt que l'égalité qui doit régner dans les partages, ſe trouvant bleſſée par l'éviction que ſouffre l'un des partageans dans quelqu'une des choſes tombées dans ſon lot, la Loi qui exige cette égalité, oblige chacun des copartageans à la rétablir. Or il ſuffit pour cela qu'ils lui faſſent raiſon chacun pour leur part de la ſomme pour laquelle la choſe évincée lui a été donnée en partage. Par exemple, dans l'hypotheſe ci-deſſus propoſée, lorſque je ſouffre éviction d'une maiſon que j'ai eue dans mon lot pour huit mille livres, afin de rétablir l'égalité, il ſuffit que chacun de mes trois cohéritiers me faſſe raiſon de deux mille livres. Par-là mon lot de vingt-cinq mille livres, qui par l'éviction avoit été réduit à dix-ſept mille livres, ſe trouvera rétabli à vingt-trois mille livres, & égal par conſéquent à ceux de mes copartageans, qui au moyen de la ſomme de deux mille livres qu'ils m'ont fournie chacun, ſe ſont pareillement trouvés réduits à vingt-trois mille livres.

Dumoulin va plus loin, & il penſe que même dans les principes du Droit Romain, ſuivant leſquels mes copartageans étoient regardés comme les cédans de leur portion dans les choſes tombées dans mon lot, ils n'étoient tenus de l'éviction des choſes qui y étoient tombées, que pour raiſon de la ſomme pour laquelle elles m'avoient été données en partage, & non pour raiſon des dommages & intérêts que je pouvois ſouffrir au-delà par rapport à l'augmentation ſurvenue dans leſdites choſes depuis le partage. La raiſon ſur laquelle il ſe fonde eſt, qu'un vendeur ou autre cédant à titre onéreux, qui vend, quoique de bonne foi, une choſe qui ne lui appartenoit pas, eſt le ſeul qui

a induit l'acheteur en erreur, & qui par conſéquent doit être tenu des dommages & intérêts que l'acheteur ſouffre de l'éviction : *ſolus totam rem ſuam aſſerit, ſolus autem in totum decipit ;* au-lieu que dans le partage, ce n'eſt pas plus par le fait de mes copartageans que par le mien, que la choſe tombée dans mon lot, & dont j'ai ſouffert l'éviction, a été miſe mal-à-propos dans la maſſe des biens qui étoient à partager entre nous. Je ne puis rien leur imputer que je ne puiſſe m'imputer à moi même, & par conſéquent je ne dois pas être reçu à prétendre contre eux des dommages & intérêts : *Neuter magis aſſerit, neuter magis decipit quàm alter ; imò dicitur res evinci facto vel culpâ communi, & ſic nulla debet eſſe inter eos obligatio in id quod extrinſecus intereſt ; ſed ut mutuò compenſent*; Molin. *ibid. n.* 145. La Loi 66, §. *fin. de evict.* paroît contraire à ce ſentiment. Dumoulin y répond en reſtreignant ce texte au cas auquel j'aurois ſouffert éviction, par le fait particulier de mon copartageant de la part de ſes créanciers hypothécaires. Cette queſtion qu'agite Dumoulin eſt ſuperflue dans notre Juriſprudence par les raiſons ci-deſſus expliquées.

De ce que la garantie qui eſt due à un copartageant pour l'éviction de quelqu'un des effets tombés dans ſon lot, ſe borne au rétabliſſement de l'égalité qui ſe trouve bleſſée par cette éviction, Dumoulin en conclut que ſi mon cohéritier a ſouffert éviction d'un héritage qui lui a été donné en partage pour une certaine ſomme, *putà* de trois mille livres, & que j'aie ſouffert par le feu du ciel, ou par quelqu'autre force majeure une perte de pareille ſomme de trois mille livres, dans les héritages tombés dans mon lot ; quoique cette perte ne me donne aucune action de garantie contre lui, parce que les héritages qui tombent par le partage à un copartageant, ſont depuis le partage à ſes riſques ; néanmoins je pourrai lui oppoſer cette perte par forme de compenſation & d'exception contre l'action de garantie, réſultante de l'éviction qu'il a ſoufferte ; parce que ne me reſtant pas plus dans mon lot qu'il lui en reſte dans le ſien, il ne peut pas conclure au rétabliſſement de l'égalité : *Quinta quæſtio*, dit-il, *ſi coheres qui nunc convenitur de evictione vel ad ſupplementum, poſſit deducere quod ſibi interim de rebus in ſuam partem adjudicatis caſu fortuito deperiit, ut ſic licèt non poſſit agere de caſu fortuito, poſſit tamen excipere ?* Et il répond : *Ad quintam quod ſic, ne ad ſummum in plus teneatur quàm ad novam de integro diviſionem. Tract. de eo quod intereſt. n.* 146.

Cette déciſion de Dumoulin peut ſouffrir quelque difficulté : en l'admettant elle forme une ſeconde différence entre la garantie des partages, & la garantie qui a lieu dans les contrats. Car, par exemple, ſi dans un contrat d'échange, mon copermutant a ſouffert éviction de quelqu'une des choſes que je lui ai données en échange, je ne puis pas oppoſer contre l'action de garantie qu'il a contre moi, la compenſation de la perte que j'ai ſoufferte par quelque cas fortuit dans les choſes que j'ai reçues en échange de lui.

633. Il y a une troiſieme différence entre la garantie des copartageans & celle d'un vendeur. Lorſqu'une rente eſt vendue, la garantie du vendeur ne conſiſte qu'à défendre l'acheteur des évictions des tiers qui prétendroient que la rente leur appartient ou leur eſt hypothéquée ; mais le vendeur n'eſt pas garant de l'inſolvabilité du débiteur de la rente, ſur-tout lorſqu'elle n'eſt ſurvenue que depuis le contrat, à moins qu'il ne s'y fut expreſſément obligé par la clauſe de *fournir & faire valoir* ; *ſuprà Part. 6.*

Au contraire, les copartageans ſont garans entre eux de l'inſolvabilité des débiteurs des rentes tombées dans leurs lots reſpectifs, tant que la rente ſubſiſte, quand même cette inſolvabilité ne ſurviendroit que plus de cent ans après le partage. Par exemple, ſi nous ſommes quatre héritiers qui avons partagé une ſucceſſion, & qu'il ſoit tombé dans mon lot une rente de quarante livres au principal de huit cens livres due par Pierre; quelque bonne qu'ait été la rente au temps du partage, ſi par la ſuite elle devient caduque par l'inſolvabilité de Pierre, pourvu que cette caducité ne ſoit pas arrivée par ma faute, *putà*, en laiſſant preſcrire les hypotheques de cette rente, ou en les laiſſant purger par des décrets auxquels je ne me ſerois point oppoſé, je pourrai, en faiſant conſtater cette caducité par la diſcuſſion des biens de Pierre, ſi mes copartageans m'y obligent, exiger d'eux qu'ils me continuent chacun pour leur quart dix livres de rente à la place de la rente de quarante livres de la caducité de laquelle ils me ſont garans. La grande égalité qui doit régner dans les partages, eſt le fondement de cette garantie. Une rente eſt un être ſucceſſif dont la réalité conſiſte dans tous les arrérages qui en courront juſqu'au rachat qui en ſera fait: c'eſt pourquoi lorſque par l'inſolvabilité du débiteur, je ceſſe de pouvoir percevoir les arrérages d'une rente tombée dans mon lot, je ſuis cenſé n'avoir pas encore reçu toute la choſe qui eſt tombée dans mon lot, & n'être pas égal à mes copartageans qui ont reçu tout ce qui eſt tombé dans le leur; d'où il ſuit que pour rétablir l'égalité ils doivent me la parfournir.

634. Il y a une quatrieme différence entre l'obligation qui naît des contrats de vente ou d'échange, & celle qui naît des partages. Lorſque pluſieurs m'ont vendu ou échangé une choſe, chacun d'eux n'eſt tenu envers moi de la garantie en cas d'éviction que pour ſa part, & n'eſt aucunement tenu de l'inſolvabilité de ſes covendeurs, à moins que par une clauſe particuliere, il ne ſe fuſſent obligés ſolidairement à la garantie. Il en eſt autrement entre copartageans. Si nous ſommes quatre qui avons partagé une ſucceſſion, que j'aie ſouffert une éviction d'un effet de la valeur de douze mille livres, & qu'un de mes copartageans ſoit inſolvable, la perte que je ſouffre de ſon inſolvabilité ſe répartira ſur les deux qui ſont ſolvables & ſur moi: c'eſt pourquoi chacun des deux ſolvables, outre la ſomme de trois mille livres qu'il me doit de ſon chef pour ſon quart de l'éviction de douze mille livres que j'ai ſoufferte, me devra encore mille livres pour ſon tiers de trois mille livres, dont étoit tenu envers moi cet inſolvable, & que ſon inſolvabilité me fait perdre; cette perte devant être ſoufferte par mes deux copartageans ſolvables & moi. Cela eſt fondé ſur l'égalité qui doit être entre copartageans, laquelle ſans cela ſeroit bleſſée.

635. Il nous reſte à obſerver une derniere différence entre les partages, & les contrats de vente, d'échange & autres ſemblables. Dans ceux-ci la léſion n'eſt pas une cauſe ſuffiſante pour en faire prononcer la reſciſion, ſi cette léſion n'excede pas la moitié. Par exemple, celui qui a vendu un héritage de valeur de vingt mille livres, ne peut ſe plaindre de la léſion que lorſque le prix pour lequel il l'a vendu eſt au-deſſous de dix mille livres: mais dans les partages on requiert une égalité plus exacte & plus ſcrupuleuſe, & il ſuffit que l'un des copartageans ait été léſé au-delà du quart de ce qui lui devoit revenir, pour qu'il ſoit admis à demander la reſciſion du partage. Par exemple, ſi dans les

biens communs, la part qui me revenoit devoit être de valeur de vingt mille livres, il ſuffit pour que je puiſſe faire reſcinder le partage, que ce qu'on m'a donné pour ma part ne vaille pas quinze mille livres.

636. Au ſurplus la garantie qui a lieu dans les partages, a cela de commun avec celle qui a lieu dans le contrat de vente, que la ſeule crainte d'une éviction n'y donne pas lieu. C'eſt ce que décide Dumoulin *d. n.* 146; *Secunda quæſtio an in diviſione poſſit agi de evictione ante rem evictam*, & il répond *ad ſecundam quod non; niſi res tempore diviſionis eſſet ab extraneo poſſeſſa.*

ARTICLE VII.

Des licitations entre cohéritiers ou copropriétaires.

637. Licitation vient du terme latin *liceri*, qui ſignifie mettre à prix une choſe, porter une enchere à une choſe expoſée en vente, & de ſon verbe fréquentatif *licitari* qui ſignifie porter pluſieurs encheres les unes au-deſſus des autres; Kalvin & Calepin *in verb. liceri & licitari.*

Nous entendons par *licitation* un acte par lequel des cohéritiers ou autres copropriétaires par indivis d'une choſe, la mettent entre eux à l'enchere pour être adjugée & appartenir en entier au plus offrant & dernier enchériſſeur, à la charge par lui de payer à chacun de ſes copropriétaires une part dans le prix, pareille à la part indiviſe que chacun deſdits copropriétaires avoit dans l'héritage licité, avant l'adjudication.

638. Lorſque c'eſt l'un des cohéritiers ou copropriétaires entre leſquels la licitation ſe fait, qui eſt adjudicataire, la licitation quoiqu'elle ait l'apparence d'un contrat de vente, n'eſt pas néanmoins contrat de vente.

Cette licitation tient lieu de partage, & n'eſt autre choſe, de même que le partage, qu'un acte diſſolutif de communauté.

De même que dans un partage, quoique fait avec un retour en deniers ou rentes, le cohéritier auquel eſt tombé le lot le plus fort, chargé deſdits retours, eſt cenſé avoir ſuccédé à tout ce qui eſt tombé dans ſon lot, à la charge du retour & n'en rien tenir de ſes copartageans; de même dans les licitations le cohéritier eſt cenſé avoir été ſeul ſaiſi par le défunt du total de l'héritage dont il s'eſt rendu adjudicataire par la licitation, & n'en tenir aucune part de ſes cohéritiers, envers leſquels la Loi qui les appelloit avec lui à la ſucceſſion, l'a ſeulement chargé de leur payer dans la ſomme à laquelle l'héritage a été porté par la licitation, une part pareille à celle pour laquelle leſdits cohéritiers étoient appellés avec lui à la ſucceſſion. Cette ſomme pour la part que l'héritier adjudicataire en doit à chacun de ſes cohéritiers, eſt comme un retour de partage dont il eſt chargé envers chacun d'eux; & c'eſt à cette ſomme que la part pour laquelle chacun d'eux a été appellé avec lui à la ſucceſſion, s'eſt déterminée par la licitation, de maniere qu'ils ſont cenſés n'avoir pas été ſaiſis d'autre choſe.

Il en eſt de même des autres copropriétaires. Lorſque pluſieurs légataires ou pluſieurs acquéreurs licitent entre eux un héritage qui leur a été légué en commun ou qu'ils ont acquis en commun, celui d'entre eux qui s'en rend adju-

dicataire eſt cenſé avoir été directement légataire ou acquéreur du total de l'héritage, à la charge ſeulement de faire raiſon à ſes colégataires ou coacquéreurs de leur part dans le prix auquel l'héritage ſera porté par la licitation qui en ſeroit faite entre eux.

639. Il ſuit de ces principes que la licitation entre cohéritiers ou autres copropriétaires n'eſt pas dans notre Droit un contrat de vente que les parties licitantes faſſent de leur part dans l'héritage licité, à celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire; puiſque ſuivant les ſuſdits principes, l'adjudicataire n'acquiert proprement rien de ſes cohéritiers ou copropriétaires.

640. De-là il ſuit, 1°. que ces licitations ne donnent aucune ouverture aux profits de vente. *Voyez nos notes ſur l'art.* 16 *de la Coutume d'Orléans.*

Il ſuit, 2°. qu'elles ne donnent pas ouverture au retrait.

Il ſuit, 3°. que l'adjudicataire n'eſt pas tenu des hypotheques des créanciers particuliers de ſes colicitans. Les créanciers particuliers de chacune des parties licitantes, peuvent ſeulement intervenir à la licitation & ſaiſir le droit de leur débiteur, à l'effet de toucher en ſa place la part qui lui reviendra dans le prix de la licitation; mais s'ils l'ont laiſſé toucher à leur débiteur, ils ne peuvent rien demander à l'adjudicataire qui n'eſt pas cenſé avoir rien acquis de ſes colicitans.

641. Il ſuit, 4°. que les colicitans de l'adjudicataire n'étant point proprement vendeurs de leur part, ils ne ſont pas tenus de la même garantie dont un vendeur eſt tenu envers un acheteur; mais ils ſont ſeulement tenus envers lui de la garantie dont ſont tenus entre eux des copartageans, qui ne doit conſiſter que dans la reſtitution de ce que chacun des colicitans a touché du prix de la licitation, ſoit pour le total, ſi l'adjudicataire a ſouffert éviction du total, ſoit pour partie, s'il n'a ſouffert éviction que d'une partie de l'héritage.

642. Cette déciſion doit avoir lieu quand même la licitation contiendroit une clauſe expreſſe de garantie; car la clauſe ne doit en ce cas s'entendre que de l'eſpece de garantie qui convient à la nature de l'acte, c'eſt-à-dire, de la garantie qui a lieu entre les copartageans dans les partages, la licitation étant un acte qui en tient lieu.

643. Lorſque ſans licitation il ſe paſſe un acte entre deux héritiers ou autres copropriétaires qui ont un titre commun, par lequel il eſt dit en termes exprès & formels que l'un deux a vendu à l'autre pour un certain prix ſa part dans la ſucceſſion, ou dans un certain héritage indivis entre eux, il ſembleroit qu'il ne devroit pas être douteux qu'un tel acte fût un contrat de vente. Néanmoins comme dans les actes on ne doit pas tant s'arrêter aux termes, que rechercher la volonté des parties, & quel eſt l'acte qu'elles ont eu intention de faire, la Juriſprudence a établi que nonobſtant les termes de *vente* dans leſquels cet acte eſt conçu, il ne devoit pas être conſidéré comme un contrat de vente, mais comme un acte tenant lieu de partage, & diſſolutif de la communauté qui étoit entre les parties; parce qu'il y a lieu de préſumer que la principale intention qu'ont eue les parties en faiſant cet acte, a été de ſortir de communauté. C'eſt pourquoi tout ce qui a été dit ci-deſſus à l'égard de la licitation, reçoit application à l'égard de cet acte; il ne donne lieu ni au profit de vente, ni au retrait. *Voyez nos Notes ſur l'art.* 16 *de la Coutume d'Orléans; les Arrêts*

du

du 15 Décembre 1648, au Journal des Audiences, & du 29 Février au Journal du Palais.)

644. Celui des cohéritiers ou des copropriétaires à qui il eſt dit par l'acte, que l'autre cohéritier a vendu ſa part, n'eſt pas cenſé l'avoir véritablement achetée & acquiſe de ſon cohéritier; mais le total eſt cenſé lui demeurer par forme de partage, à la charge du retour de la ſomme convenue. C'eſt pourquoi, de même que dans la licitation, l'adjudicataire n'eſt pas tenu des hypotheques des créanciers particuliers de ſon cohéritier; il n'en doit pas non plus être tenu, cet acte n'étant pas différent d'une licitation.

Enfin cet acte ne doit pas donner lieu à la garantie dont eſt tenu un vendeur, mais à celle dont ſont tenus entre eux les copartageans.

ARTICLE VIII.

Des Tranſactions qui ont quelque rapport au Contrat de vente.

645. Lorſque par une tranſaction, pour vous faire déſiſter d'une demande que vous aviez formée, ou que vous deviez former contre moi, je vous ai donné une certaine choſe, ce contrat eſt différent du contrat de vente. Il eſt de la claſſe des contrats *do ut facias*; au-lieu que le contrat de vente eſt de la claſſe des contrats *do ut des*. Néanmoins ce contrat a rapport en quelque choſe au contrat de vente: le vendeur reçoit de l'acheteur un prix qui eſt l'équivalent de la choſe qu'il lui vend; & en conſéquence de cet équivalent qu'il reçoit, il s'oblige envers l'acheteur à la garantie. De même dans cette tranſaction, je reçois de celui avec qui je tranſige, l'équivalent de la choſe que je lui donne, ſçavoir le déſiſtement de la demande qu'il avoit formée, ou qu'il devoit former contre moi, lequel déſiſtement que j'avois intérêt d'avoir, eſt quelque choſe d'appréciable, & s'eſt effectivement apprécié entre nous par la tranſaction à la valeur de la choſe que je lui ai donnée pour l'avoir. Je dois donc contracter par cette tranſaction la même obligation de garantie envers celui à qui j'ai donné cette choſe, que contracte un vendeur envers un acheteur. C'eſt ce qui eſt décidé par la Loi 33, *Cod. de tranſact.*

646. Il en ſeroit autrement, ſi par une tranſaction je vous avois, moyennant une ſomme que j'ai reçue de vous, laiſſé la choſe même qui faiſoit l'objet du procès entre nous, en me déſiſtant, moyennant cette ſomme, de la demande que j'avois donnée contre vous pour cette choſe. Je ne ſuis point en ce cas obligé envers vous à la garantie de cette choſe; & ſi vous en ſouffrez éviction, vous ne pouvez me rien demander, pas même la reſtitution de la ſomme que vous m'avez donnée; car par cette tranſaction je ne vous ai point cédé cette choſe, je vous l'ai laiſſée telle que vous l'aviez; je me ſuis ſeulement déſiſté des prétentions incertaines que j'avois ſur cette choſe, & de la demande que j'avois formée contre vous: l'argent que j'ai reçu de vous n'eſt pas le prix de cette choſe, mais le prix de mon déſiſtement: c'eſt ce qui eſt décidé pareillement en la Loi 33, *Cod. de tranſact.*

Pareillement dans le cas inverſe, ſi vous m'avez délaiſſé la choſe que je révendiquois moyennant une ſomme que je vous ai donnée, vous n'êtes pas

obligé envers moi à la garantie de cette choſe ; & ſi j'en ſuis évincé, je ne pourrai pas répéter de vous la ſomme que je vous ai donnée ; car vous n'avez pas entendu me céder cette choſe, mais ſeulement vous déſiſter de vos prétentions incertaines ſur cette choſe.

647. Mais ſi par l'acte il étoit dit que j'ai reconnu que la choſe qui faiſoit l'objet de notre conteſtation vous appartenoit ; néanmoins qu'il étoit convenu entre nous que vous me la cédaſſiez pour une certaine ſomme, il n'eſt pas douteux en ce cas que cette convention ſeroit un vrai contrat de vente, qui vous obligeroit à la garantie.

Nous n'avons parlé ici que de ce qui peut ſe trouver dans une tranſaction qui ait quelque rapport avec le contrat de vente : nous traiterons de cette eſpece de convention ſéparément ailleurs.

Fin du Traité du Contrat de Vente.

TRAITÉ I
DES RETRAITS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LE Traité des Retraits eſt une ſuite & une appendice de celui du contrat de vente, puiſque c'eſt le contrat de vente qui donne ouverture au retrait.

1. Le droit de retrait n'eſt autre choſe que le droit de prendre le marché d'un autre, & de ſe rendre acheteur à ſa place.

Il ne tend pas à reſcinder & détruire le contrat, mais à ſubroger en tous les droits réſultans du contrat, la perſonne du retrayant à celle de l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé.

Il y a trois eſpeces principales de retraits; le lignager, le ſeigneurial ou féodal, & le conventionnel. Nous traiterons principalement du lignager dans la premiere Partie de ce Traité: nous dirons quelque choſe des deux autres dans la ſeconde.

2. Il y a quelques autres eſpeces de retraits, tel que celui que quelques Coutumes accordent aux copropriétaires par indivis d'une choſe, lorſque l'un d'entr'eux vend ſa part indiviſe à un étranger.

Cette eſpece de retrait a eu lieu quelque temps chez les Romains, ſuivant qu'il paroit par la Loi 14, *Cod. de contr. empt.* qui l'a abrogé.

Nous n'en traiterons pas; l'objet que nous nous ſommes propoſé dans nos Traités étant borné à y expoſer le Droit commun, & ſur-tout celui qui s'obſerve dans les Coutumes de Paris & d'Orléans.

PREMIERE PARTIE.

Du Retrait lignager.

3. LE droit de retrait lignager eſt le droit que la loi accorde aux parens du vendeur d'un héritage, lorſqu'il eſt vendu à un étranger, de s'en rendre acheteurs à ſa place, & en conſéquence de l'obliger à le leur délaiſſer, à la charge de le rembourſer & indemniſer du prix & de tout ce qui lui en a coûté pour l'acquiſition.

Il eſt appellé *Retrait lignager*, parce que la loi l'accorde aux lignagers, c'eſt-à dire, aux parens de la ligne ou famille dont l'héritage eſt advenu au vendeur.

Nous diſtribuerons cette matiere en treize Chapitres. Dans le premier, nous traiterons des Loix qui ont établi le droit de retrait lignager ; de la nature de ce droit, & de l'attention qu'ont eue les Loix, pour qu'il ne reçût aucune atteinte. Nous traiterons dans le ſecond, de la nature de l'action qui naît du droit de retrait lignager. Dans le troiſieme, des choſes qui ſont ou ne ſont pas ſuſceptibles du retrait lignager. Dans le quatrieme, des contrats & actes qui donnent ou ne donnent pas ouverture à ce retrait ; & nous examinerons de quand ils y donnent ouverture. Dans le cinquieme, nous verrons à qui le retrait eſt accordé ; par qui, & ſur qui il peut être exercé. Dans le ſixieme, comment il doit être exercé, & s'il peut l'être pour partie de ce qui eſt compris au marché. Dans le ſeptieme, nous verrons dans quel temps le retrait doit s'exercer. Nous traiterons dans le huitieme, de la forme dans laquelle il doit s'exercer. Dans le neuvieme, des obligations du retrayant, lorſque le retrait a été reconnu ou adjugé. Dans le dixieme, de celles de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou ſur qui il a été adjugé. Dans le onzieme, de l'effet du retrait lignager exécuté. Dans le douzieme, des manieres dont le droit de retrait lignager s'éteint. Dans le treizieme, nous traiterons du retrait de mi-denier.

CHAPITRE PREMIER.

Des Loix qui ont établi le Droit de Retrait lignager ; de la nature de ce droit, & de l'attention des Loix à ce qu'il n'y ſoit donné aucune atteinte.

§. I.

Des Loix qui ont établi le droit de Retrait lignager.

4. LE retrait lignager ne nous eſt pas venu du Droit Romain. Il eſt vrai qu'il avoit été établi dans l'Empire par une Conſtitution dont on ne ſçait pas l'auteur, & que Jacques Godefroy, *ad* L. 6, *Cod. Theod. de contr. empt.*, penſe être de Conſtantin ou de quelqu'un de ſes enfans ; mais cette Conſtitution a été abrogée par une Conſtitution des Empereurs Valentinien & Théodoſe, rapportée en la Loi 6, ci-deſſus citée du Code Théodoſien, & en la Loi 14, *d. tit.* du Code de Juſtinien.

Le retrait lignager eſt donc de pur Droit François ; preſque toutes nos Coutumes traitent de ce droit ; il eſt même établi par quelques Coutumes particulieres des Provinces régies par le Droit Ecrit, telles que celles de Bordeaux, Acqs, &c. La Coutume locale de la Châtellenie d'Iſſoudun, & un très-petit nombre d'autres Coutumes locales l'ont rejetté.

5. Henri III, par ſon Edit du mois de Novembre 1581, avoit ordonné que le droit de retrait lignager auroit lieu dans tout le Royaume, même dans les

pays régis par le Droit Ecrit, & que l'année accordée pour l'intenter, ne courroit que du jour de la notification du contrat, qui ſeroit faite au Greffe des notifications; & par une Déclaration du mois ſuivant, il avoit créé par tous les les Sieges Royaux des Offices de Greffier de ces notifications.

Il paroît que cet Edit n'a pas été exécuté, même dans le reſſort du Parlement de Paris, où il a été enrégiſtré; car Automne, *ad* L. 14, *Cod. de contr. empt.*, rapporte un Arrêt confirmatif d'une Sentence du Siege de Monbriſon du 16 Janvier 1609, qui a jugé que le retrait lignager n'avoit pas lieu dans les pays régis par le Droit Ecrit. Bretonnier ſur Henrys, *t.* 1, *p.* 168, atteſte auſſi que le retrait lignager n'eſt pas en uſage dans le Lyonnois, Forez & Baujolois; mais qu'il a lieu dans le Mâconnois, & dans la partie de l'Auvergne qui eſt régie par le Droit Ecrit. Cet Edit a paſſé pour un Edit burſal, fait pour faire valoir la vente de ces Offices de Greffier des notifications.

6. Le droit de retrait lignager a ſon fondement dans l'attachement qu'avoient nos peres aux biens qui leur étoient venus de leurs ancêtres. C'eſt cet attachement qui a fait naître pluſieurs de nos loix coutumieres, dont la fin principale eſt de conſerver ces biens dans les familles, telles que ſont celles qui reſtreignent la faculté de diſpoſer de ces biens par teſtament, & même dans quelques provinces par donation entre-vifs; celles qui en attribuent la ſucceſſion aux parens de la famille dont ils ſont provenus, à l'excluſion des plus proches parens du défunt qui ne ſeroient pas de cette famille.

7. Ces loix coutumieres qui ont établi le retrait lignager, ayant pour objet de leur diſpoſition les héritages ou autres immeubles qu'ils aſſujettiſſent au retrait lignager, lorſqu'ils ſont vendus à un étranger de la famille; elles ſont par conſéquent de la claſſe de celles qu'on appelle *ſtatuts réels*. Il eſt de la nature de ces ſtatuts réels, qu'ils n'exercent leur empire que ſur les héritages ou autres immeubles, qui ſont ſitués ou réputés ſitués dans l'étendue de leur territoire, & qu'ils l'exercent par rapport à quelques perſonnes que ce ſoit, quoique domiciliées hors du territoire; *Introduction générale à la Coutume d'Orléans*, *n.* 22.

De-là il ſuit, 1°. qu'il n'y a que les héritages ou autres immeubles qui ſont ſitués ou réputés ſitués dans une province dont les loix admettent le retrait lignager, qui ſoient ſujets à ce retrait, & qu'ils y ſont ſujets, quand même le vendeur & l'acquéreur auroient leur domicile en quelques provinces du Droit Ecrit, qui n'admet pas le retrait; *Tiraqueau*.

De-là il ſuit, 2°. que c'eſt la Coutume où l'héritage eſt ſitué, qui doit régler tout ce qui concerne le retrait lignager de cet héritage; *putà*, quelles ſont les perſonnes qui y ſont appellées, dans quel ordre; quels ſont les titres qui y donnent ouverture; dans quel temps, & ſous quelles conditions il doit être exercé, &c.

§. II.

De la nature du Droit de Retrait lignager, & qu'il n'eſt pas permis d'y donner atteinte.

8. Le droit de retrait lignager eſt un droit que les parens lignagers du vendeur ne tiennent que de la pure grace & du pur bénéfice de la loi municipale,

qui le leur a accordé dans la vue de perpétuer les biens dans les familles : en cela il differe du retrait féodal & du retrait conventionnel qui proviennent d'un droit retenu dans la choſe, lorſqu'elle a été inféodée ou aliénée ſous cette charge expreſſe ou implicite. De cette différence il en réſulte d'autres que nous remarquerons dans la ſuite de ce Traité.

9. Le droit de retrait lignager étant une pure grace que la loi n'accorde aux lignagers du vendeur que pour conſerver l'héritage dans la famille, c'eſt une conſéquence que ces lignagers ne peuvent le céder à un étranger.

10. Le droit de retrait étant un droit que la famille du vendeur tient uniquement de la loi qui le lui a accordé, elle n'en peut être privée par aucune clauſe du contrat de vente. C'eſt pourquoi s'il étoit porté par le contrat que le vendeur vend un tel héritage, à la charge *qu'il ne pourra être retiré par ſa famille, à laquelle il interdit le retrait, dérogeant à cet effet à la Coutume*, il n'eſt pas douteux qu'une telle clauſe ſeroit nulle, le vendeur ne pouvant pas priver ſa famille d'un droit qu'elle ne tient pas de lui, mais de la loi.

11. Par la même raiſon, ſi l'acheteur déclaroit par le contrat, qu'il entend que l'héritage par lui acquis, quelque long-temps qu'il demeure par la ſuite dans ſa famille, ne ſoit pas ſujet au droit de retrait lignager, lorſqu'il plaira à celui de ſes deſcendans qui s'en trouvera en poſſeſſion, de l'aliéner hors de la famille, une telle déclaration ſeroit de nul effet ; c'eſt le cas de cette regle de Droit : *Privatorum conventio juri publico non derogat ;* L. 45, §. 1, ff. *de R. J.*

12. Non-ſeulement les clauſes qui rejetteroient directement & expreſſément le droit de retrait ſont nulles : il en eſt de même de celles qui y donneroient indirectement atteinte, & n'auroient d'autre objet que de l'éluder.

On demande à ce ſujet ſi la clauſe dans un contrat de vente, par laquelle on eſt convenu qu'en cas de retrait la vente ſeroit nulle, eſt valable? Tiraqueau & Grimaudet décident qu'elle eſt valable, s'il n'y a fraude, c'eſt-à-dire, pourvu que l'intention des parties ait été que le vendeur, dans le cas d'une demande en retrait, rentreroit dans l'héritage pour le garder pour lui, & non pas dans le deſſein de le rendre un jour à l'acquéreur ; mais Mathéus *de afflictis*, décide au contraire que cette clauſe eſt nulle, comme n'ayant d'autre objet que d'empêcher le droit de retrait, & de s'oppoſer à la loi qui l'accorde. Son opinion qui eſt ſuivie par Duſſaut ſur les Uſances de Saintes, & par Vaſlin ſur la Coutume de la Rochelle, me paroît raiſonnable.

13. Quelques Auteurs portent ſi loin la regle, qu'on ne peut donner aucune atteinte au droit de retrait, qu'ils regardent comme nulle la clauſe par laquelle le vendeur ſe ſeroit fait fort envers l'acheteur que ſa famille n'exerceroit pas le retrait, & ſe ſeroit ſoumis à une peine au cas qu'il fût exercé. C'eſt l'avis des Annotateurs de Dupleſſis, qui citent pour leur opinion un Arrêt rapporté par Charondas ; mais je ne vois pas pourquoi cette clauſe ſeroit nulle ; cette clauſe ne donne aucune atteinte au droit de retrait qu'a la famille : elle n'empêche pas les parens d'exercer le retrait. Quoique le vendeur en promettant que ſa famille n'exercera pas le retrait, promette une choſe qui n'eſt pas en ſon pouvoir, il ne laiſſe pas de contracter par cette clauſe une obligation valable : de même que le vendeur qui ſe fait fort que le propriétaire de la choſe conſentira à la vente, contracte une obligation valable, quoique ce conſentement ne ſoit

pas en ſon pouvoir. Pour qu'une obligation ſoit valable, il ſuffit que le fait qui en eſt l'objet, ſoit un fait poſſible en ſoi, quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir de celui qui a contracté l'obligation : *Voyez* notre Traité des Obligations, *n.* 136.

14. Non-ſeulement les clauſes qui tendent à donner atteinte au droit de retrait lignager ſont nulles; les Coutumes, pour aſſurer ce droit aux familles, ſe ſont appliquées à la recherche des fraudes qui pourroient être concertées entre le vendeur & l'acheteur pour en exclure les lignagers, ou pour le leur rendre plus onéreux qu'il ne doit être, & ont prononcé des peines contre ces fraudes.

Ces fraudes conſiſtent, ou à déguiſer le contrat de vente que les parties ont eu intention de faire ſous la fauſſe apparence d'un autre contrat, ou à tenir le contrat caché pendant le temps accordé pour exercer le retrait, ou à faire paroître le prix & les conditions du marché plus onéreuſes qu'elles ne ſont, pour détourner la famille d'exercer le retrait.

Nous avons un exemple de l'application des Coutumes à rechercher ces fraudes, dans l'*art.* 386 de notre Coutume d'Orléans.

Pluſieurs Coutumes ont prononcé des peines ſeveres contre ces fraudes; celles de Tours, *art.* 173 & 174, punit par amende la fraude de l'acquéreur qui a nié fauſſement avoir acquis, & elle veut qu'il ſoit déchu au profit du lignager de la reſtitution du prix. Elle punit pareillement par amende la fraude de l'acheteur qui a dit avoir acheté plus cher qu'il n'avoit acquis; & elle le condamne à reſtituer au double au retrayant ce qu'il a reçu de lui de trop par cette fraude. Celle de Lodunois, *Titre des Retraits*, *art.* 16, a même diſpoſition; elle punit auſſi par la reſtitution du double des deniers induement reçus, la fraude de l'acquéreur qui a fait paroître un prix plus fort que celui qui a été convenu: celle de Châteauneuf punit toutes les fraudes par la confiſcation du prix au profit du Seigneur en la Juſtice duquel la fraude eſt avérée, *&c.*

Les lignagers ſont admis à la preuve même teſtimoniale de ces fraudes; ils peuvent auſſi déférer le ſerment à l'acquéreur ſur la ſincérité du contrat.

15. Tout ceci ſert à décider la queſtion autrefois ſi agitée entre les anciens Docteurs, ſi le droit de retrait lignager eſt un droit favorable ou un droit odieux? Il faut décider qu'il eſt favorable. Sa fin qui eſt celle de conſerver les héritages dans les familles, eſt une fin qui, ſuivant nos anciennes mœurs, eſt extrêmement favorable. L'attention que les Coutumes ont eue à rechercher & à punir les fraudes par leſquelles on pourroit donner atteinte à ce droit, eſt encore une preuve de la faveur de ce droit; mais quoique favorable, il eſt en même-temps rigoureux; parce que comme il géne la liberté naturelle de vendre & d'acheter, la loi ne l'a accordé que ſous certaines conditions qu'elle veut être obſervées dans la derniere rigueur: mais pourvu que les lignagers y ſatisfaſſent, la loi leur accorde toute ſa protection pour les faire jouir de leur droit.

16. Ce n'eſt pas ſeulement dans le for extérieur qu'il eſt défendu de donner atteinte au droit de retrait lignager. Il n'eſt pas douteux que dans le for de la conſcience le vendeur & l'acheteur ſe rendent coupables d'injuſtice, lorſqu'ils pratiquent quelqu'une de ces fraudes ci-deſſus rapportées; car le droit de retrait lignager étant un droit tres-légitime qui appartient à la fa-

mille du vendeur, & qu'elle tient de la Loi, on ne peut l'en priver ſans bleſſer ce premier précepte de la Loi naturelle, qui ordonne de rendre à chacun ce qui lui appartient : *juris præcepta ſunt hæc..... ſuum cuique tribuere; Inſtit. tit. de juſtitiâ & jur.*

L'injuſtice conſiſtant à priver par cette fraude les lignagers d'exercer le retrait ſur le contrat de vente, qui leur a été déguiſé ou caché, la réparation de cette injuſtice doit conſiſter à leur reſtituer ce pouvoir. L'acheteur peut faire cette reſtitution en les avertiſſant de ſa fraude, & en leur promettant de paſſer contrat de vente de l'héritage par lui acquis, à celui d'entr'eux qui, dans l'année depuis cet avertiſſement, ſe préſentera le premier pour l'acheter au prix & aux mêmes conditions qu'il auroit eu droit d'en exercer le retrait, ſi le contrat n'avoit pas été déguiſé ou caché. Il peut leur donner cet avertiſſement, ou en allant les trouver, ou par quelque acte public qui puiſſe parvenir à la connoiſſance de toute la famille. Obſervez que la vente que l'acheteur fera en ce cas à un lignager, devant donner lieu à un nouveau profit, & à des loyaux-coûts, auxquels il n'eût pas été ſujet s'il n'eût pas été empêché par la fraude de l'acheteur, d'exercer le retrait, ce lignager doit en récompenſe être déchargé envers l'acheteur de la reſtitution du profit dû pour la premiere vente, & de celle des loyaux-coûts.

CHAPITRE II.

De la nature de l'action de Retrait lignager.

17. DU droit de retrait lignager, lorſqu'il y a ouverture à ce droit naît l'action de retrait lignager. Cette action eſt *perſonnelle réelle*; elle eſt perſonnelle, car elle naît de l'obligation que l'acheteur étranger contracte en acquérant, de délaiſſer l'héritage qu'on lui vend, à celui de la famille du vendeur qui voudra prendre le marché aux conditions portées par la Coutume.

C'eſt la Loi municipale qui forme cette obligation en la perſonne de l'acheteur ; c'eſt pourquoi cette action eſt du nombre de celles qu'on appelle *condictio ex lege.*

Elle eſt *perſonnelle réelle*; car la Loi, en formant cette obligation en la perſonne de l'acheteur étranger, affecte en même-temps l'héritage par lui acquis à l'accompliſſement de cette obligation. La propriété de cet héritage ne lui eſt transférée que ſous la charge du retrait, & il ne peut par conſéquent le transférer à d'autres que ſous cette charge, ſuivant cette regle : *Nemo plus juris in alium transferre poteſt quàm ipſe haberet ;* L. 54, ff. *de R. J.* C'eſt pourquoi cette action, tant que le temps du retrait dure, peut être intentée par les lignagers, non-ſeulement contre celui qui a acheté de leur parent, mais contre tous ceux à qui l'héritage a pu paſſer depuis, & qui s'en trouvent en poſſeſſion.

18. L'action de retrait lignager, ſur-tout dans les Coutumes qui, comme celles

celles de Paris & d'Orléans, accordent le retrait lignager à celui de la famille qui eſt le plus diligent, tient de la nature de celles qu'on appelle chez les Romains, *populares actiones*. Cette action avant qu'elle ſoit intentée, n'appartient à autre perſonne déterminée de la famille du vendeur, mais plutôt à la famille indéterminément ; ce n'eſt qu'en l'intentant, que celui de la famille, qui eſt le plus diligent, s'approprie cette action, *jure quodam occupationis*.

19. L'action de retrait lignager n'eſt pas tranſmiſſible aux héritiers du lignager avant qu'il l'ait intentée : car le droit de retrait lignager eſt accordé à la qualité de *lignagers*, qui eſt une qualité perſonnelle. Cela ſur-tout doit avoir lieu dans nos Coutumes de Paris & d'Orléans, qui accordent le droit de retrait plutôt à la famille indéterminément, qu'à aucun de la famille déterminément ; car ſuivant ce principe, l'action de retrait n'eſt pas encore *in bonis* d'aucun particulier de la famille, juſqu'à ce qu'il ſe la ſoit appropriée, en l'intentant & en prévenant les autres lignagers, & par conſéquent il ne peut la tranſmettre.

20. Mais lorſque le lignager a intenté la demande, ſon action de retrait lignager devient tranſmiſſible à ſes héritiers, qui en cette qualité peuvent reprendre en ſa place l'inſtance de retrait lignager, ſuivant cette regle de Droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, ſemel incluſæ judicio, ſalvæ permanent ;* L. 139, ff. *de R. J.*

21. Cette action paſſe dans la ſucceſſion du parent qui l'a intentée à ſes héritiers aux propres de la ligne d'où l'héritage procede, ſuivant qu'il réſulte de l'article 139 de la Coutume de Paris, & de l'article 383 de celle d'Orléans ; car c'eſt *jure hujus familiæ* qu'elle lui a été acquiſe.

S'il ne ſe trouvoit aucun parent de cette ligne qui acceptât la ſucceſſion aux propres du défunt qui eſt mort après avoir intenté l'action du retrait lignager, cette action appartiendroit à ſes héritiers aux acquêts quoiqu'étrangers de cette ligne, qui pourroient la reprendre en leur qualité d'héritiers de ce parent ; car cette action, par la demande qu'il a formée, eſt devenue *in bonis* de ce parent, & a paſſé dans ſa ſucceſſion.

Il eſt vrai qu'elle y paſſe comme un propre ; mais ſuivant le Droit Commun, à défaut d'héritiers de la ligne qui veuillent accepter la ſucceſſion aux propres, l'héritier aux acquêts, quoiqu'étranger, ſuccede aux propres, comme à tous les autres biens du défunt.

Il en ſeroit autrement ſi la ſucceſſion aux propres avoit été acceptée par des héritiers de la ligne, quoique ces héritiers refuſaſſent de reprendre l'action de retrait : l'héritier aux acquêts n'auroit pas le droit de la reprendre à leur refus ; car en ce cas ce n'eſt pas l'héritier aux acquêts qui y a ſuccédé, ce ſont les héritiers aux propres, & ils ſont les maîtres de ne pas uſer de leur droit.

On m'a fait cette objection : quoiqu'il y ait un héritier aux propres, l'héritier aux acquêts ſuccede à ſon refus à l'héritage retiré par retrait lignager, faute par cet héritier aux propres de le rembourſer dans l'année du prix qu'il a coûté au défunt ; donc, pareillement, l'héritier doit ſuccéder à l'action de retrait lignager intentée par le défunt, quoiqu'il y ait un héritier aux propres, lorſque l'héritier aux propres refuſe d'exercer cette action. Je ré-

ponds qu'il y a une très-grande différence entre les deux cas : l'héritage retiré par retrait lignager eſt proprement un acquêt du défunt qui en a exercé le retrait, quoiqu'il tienne auſſi quelque choſe de la qualité de propre : le défunt en étoit propriétaire à titre d'achat, le retrait l'en ayant rendu acheteur à la place de celui ſur qui il a exercé le retrait : c'eſt le contrat de vente de cet héritage qui eſt ſon titre & la cauſe prochaine & immédiate de ſon acquiſition ; ſon droit de retrait lignager qui lui a ſeulement donné la préférence ſur l'acheteur étranger, n'eſt que *cauſa remota*. C'eſt pourquoi l'héritier aux acquêts en eſt l'héritier naturel, & doit y ſuccéder, lorſque l'héritier aux propres ne ſatisfait pas à la condition ſous laquelle la ſucceſſion lui en étoit déférée. Il n'en eſt pas de même de l'action de retrait lignager que le défunt a intentée : cette action eſt un propre du défunt, qui ne tient rien de la qualité d'acquêt ; ce n'eſt *nec pretio nec merito*, *nec dono fortunæ*, mais c'eſt *ſolo jure ſanguinis & familiæ* que le défunt en étoit propriétaire ; la ſucceſſion de cette action eſt déférée abſolument & ſans aucune condition à l'héritier aux propres de la ligne d'où cette action procede. C'eſt pourquoi lorſqu'il y a un héritier de cette ligne, qui a accepté la ſucceſſion, l'héritier aux acquêts qui n'en eſt pas, n'y peut pas ſuccéder.

22. Quoique l'action de retrait lignager devienne *in bonis* du retrayant par la demande qu'il forme, néanmoins il ne peut pas, même depuis cette demande, la ceder à un étranger. La raiſon eſt qu'il eſt cenſé en ce cas n'avoir pas acquis cette action ; car le retrait n'étant accordé aux lignagers du vendeur que pour conſerver l'héritage à la famille, l'action de retrait ne peut être acquiſe au lignager par la demande qu'il en forme, qu'autant qu'il la forme dans la vue de la Coutume, pour conſerver l'héritage à la famille ; & il ne peut paroître la former dans cette vue, qu'autant qu'il la forme pour ſon compte, ou pour le compte de quelqu'un de la famille ; mais lorſqu'après avoir intenté la demande, il cede ſon droit à un étranger, il eſt préſumé n'avoir fait que prêter ſon nom à cet étranger, & n'avoir pas donné la demande dans la vue de la Coutume, & par conſéquent n'avoir point acquis le droit de retrait en la donnant.

23. Dans les Coutumes qui déferent le retrait lignager aux parens du vendeur, ſelon l'ordre du degré de parenté dont ils le touchent, le parent le plus prochain ne peut pas, au préjudice de ceux du degré ſuivant, céder ſon droit à un parent plus éloigné ; & ſi ceux du degré ſuivant veulent exercer le retrait, ils doivent être préférés à ce ceſſionnaire ; Grimaudet, 1, 6.

24. Ces déciſions n'ont pas lieu vis-à-vis des ſucceſſeurs univerſels ; c'eſt pourquoi je penſe que le lignager étant mort pendant le cours de l'inſtance de retrait, ſon légataire univerſel, quoiqu'étranger, peut reprendre l'inſtance, ſauf les réſerves coutumieres de l'héritier aux propres. Quelques Auteurs néanmoins ont prétendu que cette action, quoiqu'intentée, ne paſſoit point à un héritier teſtamentaire étranger, ni par la même raiſon à un légataire univerſel étranger, quoiqu'elle paſſe à un héritier *ab inteſtat* étranger. Ils ſe fondent ſur ce qui eſt décidé que celui à qui un héritage a été légué, à la charge qu'il ne l'aliéneroit pas hors de la famille, pouvoit bien le tranſmettre dans ſa ſucceſſion à un héritier *ab inteſtat*, quoiqu'étranger ; L. 77, §. 28, *de leg.* 2 ;

mais non à un héritier teſtamentaire étranger. Je nie la conſéquence : la raiſon de différence eſt que lorſqu'une fois le lignager a exercé de bonne foi pour ſon compte le droit de retrait, il n'y a aucune Loi qui lui défende d'aliéner l'héritage hors de la famille. La Loi veut ſeulement que les lignagers exercent le retrait pour leur compte, & qu'ils ne ſervent pas de prête-nom à des étrangers pour l'exercer. Il y a lieu à la préſomption qu'un lignager n'eſt qu'un prête-nom, & qu'il n'avoit pas intention d'exercer l'action pour ſon compte, lorſqu'après l'avoir intentée, il en fait ceſſion à titre ſingulier à un étranger; mais il ne réſulte aucune préſomption de fraude, de ce que cette action ſe trouve paſſer à un étranger dans ſa ſucceſſion teſtamentaire, ou dans un legs univerſel.

25. L'action de retrait lignager ayant pour objet l'héritage vendu, qui eſt une choſe diviſible, ſoit en parties réelles, ſoit au moins en parties intellectuelles, eſt une action diviſible; *Traité des Obligations*, *n.* 287.

C'eſt pourquoi ſi pluſieurs ont acheté enſemble un héritage, chacun n'eſt tenu de cette action que pour la part diviſée ou indiviſée qu'il y a. Cela a lieu quand même ils auroient acheté ſolidairement.

Mais en ce cas le retrayant doit pour l'indemnité de celui des acheteurs ſur qui il exerce le retrait, lui rapporter quittance ou décharge du vendeur, du total du prix auquel cet acheteur eſt obligé, ſauf au retrayant à répéter contre les autres acheteurs ſur leſquels il ne juge pas à propos d'exercer le retrait, la part dont ils ſont tenus de ce prix.

Pareillement lorſque l'acheteur a laiſſé pluſieurs héritiers, chacun d'eux n'eſt tenu de cette action que pour la part à laquelle il a ſuccédé à l'héritage.

26. Néanmoins comme l'action de retrait lignager n'eſt pas ſimplement perſonnelle, mais perſonnelle réelle *& in rem ſcripta*, & qu'elle ſuit le poſſeſſeur; ſi l'un de ces acheteurs ou de ces cohéritiers ſe trouvoit poſſeſſeur de l'héritage pour le total, il ſeroit tenu de l'action de retrait pour le total.

Vice verſâ, ſi le lignager, après avoir intenté l'action, meurt & laiſſe pluſieurs héritiers, chacun de ces héritiers ne ſuccede à l'action, & n'a droit en ſa qualité d'héritier de reprendre l'inſtance que pour la part dont il eſt héritier; mais l'acquéreur peut, s'il le juge à propos, l'obliger à retirer le tout; parce qu'autrement cet acquéreur, qui n'auroit pas voulu acquérir s'il n'eût cru avoir le total, ne ſeroit pas indemne.

Au reſte, il n'eſt pas douteux que ſi cet héritier étoit lui-même de la famille, & qu'il fût encore dans l'année du retrait, il pourroit, au-lieu de reprendre, en ſa qualité d'héritier, la demande donnée par le défunt, qu'il ne peut reprendre que pour ſa part, donner de ſon chef une nouvelle demande pour le total. Mais ſi les cohéritiers vouloient reprendre la demande donnée par le défunt, il n'eſt pas douteux que cette demande, qui a la priorité, l'emporte ſur celle qu'il a donnée de ſon chef.

CHAPITRE III.

Des choſes qui ſont ſujettes au Retrait lignager.

27. LA plupart des Coutumes, en accordant le retrait à la famille du vendeur, s'exprime en ces termes: *quand aucun a vendu ſon héritage;* ce ſont les termes de la Coutume de Paris, *art.* 129; de la Coutume d'Orléans, *art.* 369, &c. Il n'y a donc, ſuivant le droit le plus commun, que les héritages qui ſoient ſujets au retrait lignager, & il n'y a que ceux qui ſont propres. Nous verrons, 1°. quelles ſont les choſes qui ſont réputées, ou non, héritages, à l'effet d'être ſujettes au retrait: 2°. Quels ſont les héritages qui ſont dans cette matiere réputés héritages propres: 3°. Si les choſes qui ne ſont que par elles mêmes ſujettes au retrait y deviennent ſujettes lorſqu'elles ſont vendues conjointement avec des choſes qui y ſont ſujettes.

ARTICLE PREMIER.

Quelles ſont les choſes qui ſont réputées, ou non, héritages à l'effet d'être ſujettes au retrait.

28. Le terme d'*héritage* ne comprend pas ſeulement les fonds de terre & maiſons, ſoit de ville, ſoit de campagne; il comprend auſſi les droits réels qu'on y a. C'eſt pourquoi non-ſeulement les héritages, dont nous avons un parfait domaine, ſont ſujets au retrait, mais même ceux dont nous n'avons qu'une eſpece de Seigneurie utile; car on ne peut diſconvenir que ce droit de Seigneurie utile, ne ſoit au moins un droit réel que nous avons dans ces héritages.

Cela a lieu quand même ce droit de Seigneurie utile n'auroit été accordé que pour un certain temps, après l'expiration duquel il dût ſe réunir à la directe. Il ne laiſſe pas d'être ſujet au retrait lorſqu'il eſt vendu par l'emphiteute ou Seigneur utile à qui ce droit appartient, & à qui il eſt venu de ſa famille.

En vain, diroit-on, que la vue qu'ont les Coutumes, en accordant le retrait lignager, étant de perpétuer les héritages dans les familles, elle ne peut recevoir d'application à l'égard de cette eſpece de droit, qui eſt de nature à ne pouvoir pas toujours durer dans la famille de l'emphiteute, en devant ſortir néceſſairement par l'expiration du temps du bail emphitéotique. La réponſe eſt, que la vue des Coutumes eſt de conſerver les biens dans les familles, ſinon à toujours, au moins auſſi long-temps qu'ils y peuvent être conſervés. Notre déciſion eſt autoriſée par l'article 149 de la Coutume de Paris, qui dit: *Baux à quatre-vingt-dix-neuf ans, ou longues années;* c'eſt-à-dire, les droits de Seigneurie utile réſultans deſdits baux, *ſont ſujets à retrait* lorſqu'ils ſont vendus par les emphiteutes à qui ils appartiennent.

Ces termes de la Coutume *à quatre-vingt-dix-neuf ans*, doivent s'entendre *non reſtrictivè*, mais *exempli causâ*; c'eſt pourquoi elle ajoute, ou *longues années*. Lors donc que le bail emphitéotique eſt pour un temps, ſoit plus long, ſoit même plus court que le temps de quatre-vingt-dix-neuf ans, pourvu qu'il ſoit aſſez long pour qu'on puiſſe dire que le bail eſt *à longues années*, le droit de Seigneurie utile qui en réſulte, eſt ſujet à retrait lorſqu'il eſt vendu par l'emphiteute.

Quel temps faut-il pour qu'un bail ſoit fait à longues années, & que le droit qui en réſulte ſoit retrayable? La Coutume de Normandie, *art.* 488, veut qu'il ſoit fait pour plus de trente ans: celle de Bretagne, *tit.* 16, *art.* 313, ſe contente qu'il excede neuf ans. Laquelle doit-on ſuivre dans les Coutumes qui ne s'en ſont point expliquées? On peut dire en faveur de la premiere, que l'idée d'un bail à longues années, préſente celle d'un bail fait pour un temps, qui excede au moins celui d'une génération d'homme, & par conſéquent celui de trente ans. On peut dire au contraire pour celle de Bretagne, que dans les termes de Droit, *decennium eſt longum tempus*: la preſcription de bonne foi qui réſultoit de la poſſeſſion de dix ans d'un héritage, étoit appellée *præſcriptio LONGI TEMPORIS*; & dans nos uſages, nous regardons comme baux à longues années tous ceux qui excedent neuf ans.

29. La Coutume de Bretagne apporte une limitation fort équitable au droit de retrait de ces Seigneuries utiles reverſibles. Elle veut que pour que ces droits ſoient retrayables, il en reſte au moins ſix ans de durée lorſqu'ils ſont vendus; car l'intérêt de conſerver à une famille un héritage pour auſſi peu de temps que quatre ou cinq ans, n'eſt pas aſſez important pour qu'il puiſſe donner lieu au retrait & à troubler un acquéreur.

M. de Lamoignon, dans ſes Arrêtés des Retraits, *art.* 19, vouloit que le temps qui reſte à courir de l'emphitéoſe, excédât dix ans.

30. Le droit des engagiſtes eſt auſſi ſujet au retrait lignager. La Coutume de Paris, *art.* 148, en a une diſpoſition. Il y eſt dit, *loges, boutiques, étaux, places publiques achetées du Roi & venans à ſucceſſion, ſont ſujettes à retrait*, lorſqu'elles ſont vendues par l'engagiſte. La raiſon de douter étoit la même qu'à l'égard des Seigneuries utiles reverſibles: celui qui tient à titre d'engagement, ſoit du Roi, ſoit de l'Egliſe, ſoit d'un particulier, quelque héritage, tels que ſont ceux mentionnés audit article, n'en eſt pas le propriétaire. Le Roi, l'Egliſe, ou autre qui les a engagés pour une certaine ſomme qu'il a reçue, en conſerve toujours la propriété: il n'en accorde à l'engagiſte qu'une eſpece de Seigneurie utile, ſemblable à celle qui réſulte d'un bail à longues années, à cela près que celle-ci eſt accordée pour un temps certain & limité, au-lieu que celle qui eſt accordée à l'engagiſte, lui eſt accordée pour un temps illimité, juſqu'à ce qu'on le rembourſe de la ſomme pour laquelle l'héritage a été engagé. C'eſt pourquoi lorſque l'engagiſte vend l'héritage qu'il tient à titre d'engagement, ce n'eſt pas proprement cet héritage qu'il vend, c'eſt ſeulement le droit de Seigneurie utile. La raiſon de décider eſt de même que dans la queſtion précédente, que ce droit de Seigneurie utile qu'il vend, eſt un droit réel dans l'héritage. Or les droits réels dans un héritage ſont compris ſous le terme général d'*héritage*, & ſont ſujets au retrait lignager, lorſqu'ils ſont vendus par celui à qui ils étoient venus de famille.

31. Par la même raiſon les droits de fief, de cenſive, de champart, même les ſimples droits de rente fonciere, ſont ſujets au retrait lignager lorſqu'ils ſont vendus par celui à qui ils appartiennent & à qui ils ſont venus de famille. Car quoique ces droits ſoient proprement des choſes incorporelles, elles ſont néanmoins compriſes ſous le terme d'*héritage ;* parce que ce ſont des droits dans des héritages. Les Coutumes de Paris & d'Orléans, pour lever tout le doute qu'il auroit pu y avoir à ce ſujet, s'en ſont expliquées. Les articles 129 de Paris, & le 363 d'Orléans, diſent : *Quand aucun a vendu ſon héritage en rente fonciere, &c.*

32. Quoique le droit d'uſufruit qu'une perſonne a dans l'héritage d'autrui, ſoit un droit foncier, *jus in re*, un droit dans cet héritage ; néanmoins lorſqu'un uſufruitier vend ſon droit d'uſufruit à un tiers, il n'y a pas lieu au retrait lignager, même dans les Coutumes où la vente des acquêts y donne lieu. La raiſon eſt que le droit d'uſufruit étant un droit de ſervitude perſonnelle, un droit qui eſt attaché à la perſonne de l'uſufruitier & n'en peut être détaché ; lorſqu'un uſufruitier me vend ſon droit d'uſufruit, c'eſt plutôt l'émolument de ce droit que le droit même qu'il me vend : il m'accorde le droit de recueillir en ſa place les fruits qu'il a droit de percevoir par lui ou par un autre, en vertu de ſon droit d'uſufruit ; mais ce droit d'uſufruit qui ne peut être détaché de ſa perſonne, demeure pardevers lui (*Inſt. de uſur.* §. 4) & par conſéquent ne ſort pas hors de ſa famille.

33. Lorſque c'eſt le propriétaire qui vend à quelqu'un dans ſon héritage propre un droit d'uſufruit, il n'y a pas non plus lieu au retrait lignager. La Coutume de Paris, *art.* 147, en a une diſpoſition préciſe, & cet article qui a été formé ſur la Juriſprudence, & ajouté lors de la réformation, forme un droit commun qui doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. La raiſon eſt que les Coutumes n'accordent le retrait à la famille du vendeur que lorſqu'il met ſon héritage propre hors de la famille par la vente qu'il en fait ; mais on ne peut pas dire que par la vente & conſtitution qu'il fait d'un droit d'uſufruit, il mette ſon héritage propre hors de la famille, puiſqu'il en demeure le vrai propriétaire.

Obſervez néanmoins que ſi quelqu'un, après avoir vendu l'uſufruit de ſon héritage propre, vendoit enſuite à la même perſonne la propriété, il y auroit lieu au retrait lignager ſur l'une & l'autre vente. Quelques Coutumes, comme Melun & Bourbonnois, en ont des diſpoſitions. La raiſon eſt qu'on préſume en ce cas que l'intention des parties a été de ne faire qu'une ſeule vente de tout, & que c'eſt en fraude des lignagers qu'on a fait paroître deux ventes. L'établiſſement de cette préſomption eſt néceſſaire ; parce que ſans cela il y auroit une voie ouverte de frauder les lignagers.

Il y a lieu à la même préſomption, lorſque après avoir vendu mon héritage propre ſous la réſerve de l'uſufruit, je vends l'uſufruit à la même perſonne : il y a lieu au retrait ſur les deux ventes.

Cette préſomption de fraude a lieu, non-ſeulement lorſque c'eſt à la même perſonne à qui on avoit vendu ci-devant l'uſufruit, qu'on vend la propriété ; *aut vice verſâ.* Elle a pareillement lieu lorſque la vente eſt faite à d'autres qui peuvent paroître être par elle interpoſées ; comme ſi elle étoit faite à ſes

enfans, ou à ſes pere & mere, ſur-tout ſi cette perſonne en étoit l'unique héritiere. C'eſt l'avis de Vaſlin.

34. Il faut pour cette préſomption de fraude, qu'il n'y ait pas un trop long intervalle de temps entre la vente de la propriété & celle de l'uſufruit faite à la même perſonne. Les uns veulent que pour que la fraude puiſſe ſe préſumer, il faut que la ſeconde vente intervienne dans l'année de la premiere : d'autres eſtiment qu'il ſuffit qu'elle intervienne dans les trois ans. Vaſlin, ſur la Rochelle, ſe contente qu'elle intervienne dans les cinq années. J'inclinerois pour la premiere opinion : on peut tirer argument de l'article 386 de la Coutume d'Orléans. Je ne crois pas néanmoins qu'on dût s'y attacher trop ſcrupuleuſement, & je penſe qu'on pourroit préſumer la fraude ſi la ſeconde vente intervenoit peu de jours après l'année révolue ; car il y a lieu de préſumer en ce cas que ce n'eſt que pour la couvrir, que l'on a attendu que l'année fût révolue.

Il eſt évident qu'on ne peut préſumer de fraude lorſque le légataire de la nue propriété a acheté de l'héritier l'uſufruit.

35. Un droit de Juſtice, quoique droit incorporel, néanmoins par rapport au territoire qui en eſt le ſujet, eſt auſſi compris ſous le terme d'*héritage*, & eſt ſujet au retrait lignager.

Par la même raiſon les dîmes inféodées ſont compriſes ſous le terme d'*héritage*, parce que ce ſont droits qui s'exercent ſur des héritages, & elles ſont en conſéquence ſuſceptibles de la qualité de propre, & ſujettes au retrait lorſqu'elles ſont vendues à un étranger.

Les Auteurs, pour la plupart, ont coutume d'excepter le cas auquel elles auroient été vendues à l'Egliſe. *Voyez le* 24e *Plaidoyer de feu M. le Chancelier Dagueſſeau*, T. II.

36. Les droits perſonnels, c'eſt-à-dire, les créances que nous avons contre une perſonne qui s'eſt obligée à nous donner quelque choſe ; lorſque cette choſe qui fait l'objet deſdites créances eſt un héritage, ſont auſſi compriſes ſous le terme d'*héritage*, & ſujettes au retrait lignager. Par exemple, ſi mon pere a acheté un héritage, & eſt mort avant qu'il lui ait été livré, la créance que j'ai contre le vendeur pour me faire livrer cet héritage, eſt ſujette au retrait lignager, ſi je la vends à un étranger ; car quoique cette créance ne ſoit en elle-même qu'un droit incorporel que j'ai contre la perſonne du vendeur, elle eſt conſidérée comme étant déja par anticipation l'héritage même auquel elle doit ſe terminer ; *Actio judicatur ſecundùm qualitatem rei ad quam competit ;* Molin. *in Conſ. Pariſ.* §. 20, *gl.* 3, *n.* 8. Il en eſt de même de l'action de réméré.

37. Quoique la vente de ces actions ne donne lieu au profit de ventes & au retrait féodal, que lorſque ces actions, par l'exercice que le ceſſionnaire en a fait, ont été converties dans l'héritage même, néanmoins il y a lieu au retrait lignager de ces actions, même avant qu'elles aient été exercées par celui à qui ces actions ont été vendues. La raiſon de différence eſt qu'il n'y a que la vente du fief même qui donne ouverture au profit & au retrait féodal, & que l'action pour avoir ou pour recouvrer le fief, n'eſt pas le fief juſqu'à ce que par l'exercice de cette action elle ait été convertie dans le fief

même. Au contraire, la vente d'un droit réputé pour héritage, & qui eſt propre, ſuffit pour donner ouverture au retrait lignager. C'eſt l'avis de Tiraqueau, *art.* 1, *gl.* 7, *n.* 31; Arrêtés de Lamoignon, *art.* 30; Livon. *p.* 428; Annot. de Dupleſſis, *chap.* 6. Dumoulin établit cette différence entre le retrait lignager & le féodal, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 4, *n.* 6.

38. Si l'on avoit fait don à un tiers d'une action de réméré, comme ce don ne devient une aliénation à prix d'argent que par l'exercice de l'action qui oblige le ceſſionnaire de débourſer le prix, en ce cas il n'y a que l'exercice de l'action qui donne ouverture au retrait. C'eſt ce qu'a remarqué fort judicieuſement Vaſlin, *d. loco.*

39. Les rentes conſtituées, ſuivant le Droit commun, ne ſont pas ſujettes au retrait lignager, même dans les Coutumes qui les réputent immeubles. Notre Coutume d'Orléans, qui les répute telles, *art.* 191 & 351, dit en l'article 399: *Rentes conſtituées ſpécialement ou généralement ne ſont ſujettes au retrait.* La raiſon eſt que le retrait n'a été établi qu'à l'égard des héritages: or une rente conſtituée n'eſt héritage ſous aucun reſpect, n'étant ni un droit dans un héritage, ni un droit à un héritage. L'hypotheque dont une rente eſt accompagnée, eſt bien un droit dans les héritages ſujets à l'hypotheque; mais l'hypotheque n'eſt que l'acceſſoire de la rente, qui en ſoi n'eſt qu'un droit contre la perſonne, & qui ne tend qu'à avoir de l'argent & non à avoir aucun héritage. Il eſt vrai que les rentes ſont réputées immeubles; mais ce n'eſt que par une fiction qui ne doit pas avoir lieu dans la matiere du retrait qui eſt de rigueur.

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui ſemblent aſſujettir au retrait lignager les rentes conſtituées; comme Sens, *art.* 32, qui dit qu'il y a lieu au retrait *quand aucun a propres héritages & choſes immeubles, ou cenſées pour immeubles... & il les vend, &c.*

40. Les offices étant réputés immeubles, ſont-ils ſujets au retrait dans les Coutumes, qui, comme Sens, aſſujettiſſent expreſſément au retrait *les choſes cenſées immeubles?* Loyſeau, *Traité des Offices*, tient l'affirmative; & cette opinion a été confirmée par un Arrêt du 22 Février 1676 au 4e tome du Journal. Mais hors de ces Coutumes, les offices même domaniaux ne ſont ſujets au retrait; *Arrêt cité par les Annotateurs de Dupleſſis pour un Greffe.* Dans les Coutumes où ils ſont ſujets au retrait, ce ne peut être que pendant que l'acheteur de l'office n'en a pas encore été pourvu. Lorſque l'acheteur a été une fois pourvu, il ne peut plus être ſujet au retrait; tenant ſon office du Roi, il ne peut plus en être dépoſſédé, & le ſceau de ſes proviſions purge tous les droits que des tiers peuvent avoir par rapport à l'office.

41. Même, dans ces Coutumes, les créances de ſomme d'argent, quoiqu'immobiliſées, par des ſtipulations de propre à l'un des futurs, & à ceux de ſon côté & ligne, portées par des contrats de mariage, ne ſont pas ſujettes au retrait; car les fictions réſultantes des conventions, n'ayant d'effet que pour le cas pour lequel elles ont été faites; ces ſtipulations de propre ne peuvent faire regarder ces créances comme immeubles & comme propres, pour le cas du retrait lignager, n'ayant point été faites pour ce cas.

42.

42. Quelque précieux que ſoient des meubles, ils ne ſont pas ſujets au retrait lignager ; *Ordonnance de la Marine, t. 10, art. 1.*

43. Quoiqu'une univerſalité de meubles tienne quelque choſe de la nature des immeubles, ſuivant cette regle, *univerſitas mobilium ſapit quid immobile* ; néanmoins des droits ſucceſſifs, lorſque la ſucceſſion eſt toute mobiliaire, ne ſont pas ſujets au retrait lignager, lorſqu'ils ſont vendus. La Coutume de Sedan qui les y aſſujettit, eſt exorbitante du Droit commun.

Mais s'il y avoit des héritages dans la ſucceſſion dont les droits ſont vendus à un étranger, il y auroit lieu au retrait pour ces héritages. Grimaudet IV, 21, prétend même que les héritages attirent en ce cas les meubles, & que tout eſt ſujet au retrait ; ce que je ne crois pas.

Au contraire la Coutume d'Auvergne dit indiſtinctement qu'il n'y a pas retrait en vente de ſucceſſion. L'art. 23 du tit. 23, s'exprime ainſi : *en choſes meubles, noms, dettes & actions, retenue n'a point de lieu, ne auſſi en vendition de ſucceſſion univerſelle.*

La vente de droits ſucceſſifs étant ſujette au retrait pour raiſon des immeubles de la ſucceſſion ; lorſque l'un des héritiers a vendu à un étranger ſes droits ſucceſſifs, ou le retrait s'exerce avant le partage, ou après. Lorſqu'il s'exerce après le partage, le retrait eſt des immeubles échus au lot de cet acquéreur étranger, à la charge du rembourſement du prix de la ceſſion & des retours dont ledit lot ſeroit chargé envers les autres lots, au prorata de ce que les immeubles compris audit lot en doivent porter, pour quoi ventilation doit être faite du prix deſdits meubles ſujets au retrait, & de celui des meubles compris audit lot, leſquels n'y ſont pas ſujets. Lorſque le retrait s'exerce avant le partage, on doit ſurſeoir à y faire droit juſqu'après le partage, auquel partage le retrayant doit être appellé.

44. Quoique des bois qui ſont encore ſur pied, & des fruits qui ſont encore pendans par les racines ſur mon héritage en faſſent partie ; néanmoins la vente que je fais de ces bois à un Marchand pour les abattre, de même que la vente que je fais de ces fruits pendans par les racines ne peut paſſer pour une vente d'*héritage* qui puiſſe donner lieu au retrait lignager ; parce que l'acheteur ne pouvant par cette vente devenir propriétaire de ces bois ou de ces fruits que je lui ai vendus, qu'après qu'il les aura ſéparés de la terre, & qu'ils ſeront devenus meubles, cette vente ne fait paſſer hors de ma famille que des meubles, elle n'eſt qu'une vente de meubles qui ne peut donner lieu au retrait. La Coutume de Sens, *art.* 65, en a une diſpoſition. La Coutume de Normandie s'eſt écartée de ces principes, & elle aſſujettit au retrait la vente d'un bois de haute futaie, quoique vendu pour être coupé, pourvu que, lors de la *clameur*, c'eſt-à-dire, de la demande en retrait, il ſoit encore ſur pied ; mais cette diſpoſition étant contre les principes généraux, ne doit pas avoir lieu hors du territoire. Par la même raiſon, on doit rejetter l'opinion de Lhoſte, qui, dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Montargis, prétend que les héritiers préſomptifs du vendeur doivent être admis au retrait d'une vente de futaie, ſur pied, en s'obligeant de ne la pas abattre ; car ou cette futaie eſt conſidérée comme devant être abattue, & en ce cas ce n'eſt que la vente d'un meuble qui ne donne pas lieu au retrait ; ou on la conſidere comme devant reſter ſur

pied, & en ce cas ce n'eſt pas ce qui a été vendu, puiſque ce n'eſt que la coupe qui devoit s'en faire qui a été vendue ; d'ailleurs ce retrait contient une eſpece d'attente de la ſucceſſion du vendeur, qui eſt indécente & contraire aux bonnes mœurs.

45. Il y a lieu dans cette eſpece aux mêmes préſomptions de fraude que dans celle du *n.* 33, *ſuprà.* C'eſt pourquoi ſi après la vente de la coupe de bois ſur pied, ou des fruis pendans, on vendoit l'héritage à la même perſonne, ou à une autre qui peut paroître être par elle interpoſée pendant que les bois ou les fruits ſont ſur pied, les deux ventes ſeroient cenſées n'en être qu'une ; & il y auroit lieu au retrait, tant de l'héritage que des fruits pendans.

ARTICLE II.

Quelle qualité doivent avoir les héritages pour être ſujets au retrait lignager.

46. Le plus grand nombre des Coutumes s'explique ſur la qualité de propre que doivent avoir les héritages dont elle accorde le retrait à la famille du vendeur : de ce nombre ſont celles de Paris & d'Orléans.

Quelques Coutumes accordent en termes exprès à la famille du vendeur, le retrait même des acquets ; telle eſt celle de Normandie.

C'eſt une queſtion, ſi dans les Coutumes qui ne diſent pas, ſi l'héritage doit être propre, & ſi le retrait a lieu meme pour les acquets, les acquets ſont ſujets au retrait ? On peut dire pour la négative, que le grand nombre des Coutumes qui n'accordent le retrait que des propres, paroiſſent former un droit commun qui doit être obſervé dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. D'un autre côté pour l'affirmative, on peut dire qu'on ne doit rien ſuppléer aux Coutumes ; qu'on ne doit pas par conſéquent éxiger que les héritages dont elles accordent le retrait ſoient des propres, lorſqu'il ne paroît pas par le texte de la Coutume qu'elle ait exigé qu'il eût cette qualité : c'eſt l'avis de Grimaudet. On doit ſur ces queſtions s'informer de l'uſage qui s'obſerve dans la Province, *optima legum interpres conſuetudo.*

47. Dans cette matiere de retrait lignager, le terme de *propre* a une ſignification bien plus étendue que dans les autres matieres. On n'entend ordinairement par héritages propres que ceux qui nous ſont advenus par ſucceſſion directe ou collatérale, ou par donation de quelqu'un de nos aſcendans. Ces donations étant réputées tenir lieu de la ſucceſſion, ceux que nous tenons à titre de donation ou de legs, d'autres que de nos aſcendans, même ceux que nous tenons de nos aſcendans à titre de vente, ſont acquêts en notre perſonne, quoiqu'ils fuſſent propres en la perſonne de celui qui nous les a vendus ou donnés ; nous en pouvons diſpoſer comme de tout autre acquêt, & c'eſt notre héritier aux acquêts qui y ſuccede. Mais il en eſt autrement en matiere de retrait lignager. Quand un héritage a une fois fait ſouche dans une famille, il continue d'être regardé comme un héritage propre, & ſujet au retrait lorſque je le revends, tant qu'il n'eſt pas ſorti de la famille, quoiqu'il ſoit paſſé à une perſonne de la famille à un titre qui fait des acquêts ; comme lorſque je l'ai

acheté d'un de mes parens. La Coutume de Paris, *art.* 123, en a une diſpoſition préciſe ; elle dit : « *Si aucune perſonne acquiert* un héritage propre de ſon » parent, du côté & ligne dont il eſt parent, & il vend ledit héritage, tel » héritage chet en retrait. » La raiſon eſt, que l'héritage ayant une fois fait ſouche dans la famille, & ayant été affecté envers la famille au droit de retrait lignager, lorſqu'il ſortiroit de la famille par vente, il ne doit pas être au pouvoir de quelqu'un de la famille, en acquérant cet héritage, de dépouiller la famille de ce droit de retrait lignager qui lui a été acquis. C'eſt pourquoi quoique cet héritage, quant à toute autre matiere, devienne acquêt en la perſonne de ce parent, il demeure toujours ſujet au droit de retrait lignager envers la famille, lorſque lui ou ſes ſucceſſeurs de la famille l'en feront ſortir à titre de vente.

48. Il n'importe à quel titre j'ai acquis de mon parent un héritage propre. Lorſqu'il m'a été donné ou légué, de même que lorſque je l'ai acheté, il eſt ſujet au retrait lignager quand je le vends. Le terme *acquiert* dont ſe ſert la Coutume de Paris en l'article ci-deſſus cité, eſt un terme général qui comprend tous les titres d'acquiſition, la donation & les legs, auſſi-bien que l'achat, & il y a même raiſon à l'égard de tous ces titres. La Coutume de Meaux confirme cette interprétation, après avoir dit en l'article 150, *Le retrait y eſt tant ſeulement en héritages propres, & non pas ès acquêts* : elle ajoute, *toutes fois ſi pere ou autre lignager* DONNE, ou cede, *ou* VEND *ſon héritage propre à un lignager, lequel après le don ou vendication le vend à aucun étranger, il chet en retrait combien que ce ſoit acquêt.* Cela néanmoins a fait difficulté autrefois. Les Annotateurs de Dupleſſis prétendent au contraire que l'article 133 de la Coutume de Paris n'a lieu que lorſqu'un lignager revend l'héritage qui lui a été vendu par un de la famille, & non lorſqu'il vend un héritage qu'il a acquis, à la vérité, de ſon parent, mais à un titre qui n'étoit pas ſujet au retrait, *putà* à titre de donation ; & ils citent un Arrêt de 1633, qui l'a ainſi jugé, lequel Arrêt eſt rapporté par Brodeau ſur Louet, *chap.* 2, *n.* 10. Voici le raiſonnement ſur lequel ils fondent cette diſtinction. Lorſqu'un parent vend un héritage propre de la famille à ſon parent, c'eſt un titre qui donne ouverture au retrait, & le retrait n'eſt en ce cas empêché que par la qualité de lignager qu'a l'acquéreur. Dès que cet empêchement eſt ôté, le droit de retrait doit renaître. Mais lorſque c'eſt à titre de donation qu'un parent a acquis de ſon parent ſon héritage propre, ce n'eſt pas la qualité de la perſonne de l'acquéreur, qui empêche le retrait, mais la nature du titre ; par conſéquent le droit de retrait eſt perdu pour la famille pour toujours. Ce raiſonnement ne vaut rien. Il n'eſt pas vrai que la vente faite à un parent ait donné ouverture au retrait, qui n'ait été empêché que par la qualité de l'acheteur, & qui doit renaître, lorſque cet empêchement eſt ôté par la revente qu'en fait cet acheteur hors de la famille ; car lorſqu'il le revend, ce n'eſt pas ſur la vente qui en a été faite que le droit de retrait a lieu, mais ſur la ſeconde vente qu'il fait. Il eſt donc indifférent quel ait été ſon titre, puiſque ce n'eſt pas ce titre, mais la ſeconde vente qui donne ouverture au retrait. C'eſt pourquoi nonobſtant l'avis des Annotateurs & l'Arrêt par eux rapporté, il faut décider indiſtinctement qu'il y a lieu au retrait lorſque quelqu'un vend un héritage ancien de ſa famille, à quelque titre qu'il

lui ſoit advenu. Auſſi depuis on a jugé par Arrêt du 21 Mars 1713, rapporté au 6e. tome du Journal des Audiences, qu'il y avoit lieu au retrait d'un héritage qui avoit été donné au vendeur par ſon parent collatéral; & c'eſt à cette derniere Juriſprudence qu'il faut s'en tenir.

49. Cette diſpoſition de la Coutume de Paris, qui conſerve à l'héritage qui eſt devenu propre d'une famille & ſujet au retrait, cette qualité, tant qu'il demeure dans cette famille, & quoiqu'il ſoit paſſé à quelqu'un de cette famille à un titre qui fait des acquêts, ſe trouve auſſi dans quelques autres Coutumes, telles que Péronne, art. 253 & 254; Senlis, Melun, &c.

La Juriſprudence des Arrêts l'a étendue aux Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Il a été jugé par Arrêt de 1738, rapporté dans nos Notes ſur l'article 379 de notre Coutume d'Orléans, qu'elle avoit lieu dans notre Coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne ſe fût expliquée que du cas auquel l'héritage ſeroit advenu à un lignager par un retrait qu'il auroit exercé, & qu'elle ne ſe ſoit pas expliquée ſur le cas auquel il l'auroit acheté directement de ſon parent.

50. Un héritage acquis pendant la continuation de communauté entre un pere & ſes enfans, eſt pour la part des enfans un acquêt en la perſonne de ſes enfans.

51. Un héritage qui étoit un pur acquêt en la perſonne du défunt, devient un héritage propre en la perſonne de ſon héritier, quand même il ne ſeroit héritier que ſous bénéfice d'inventaire. C'eſt pourquoi la vente qui en eſt faite ſur lui, eſt la vente d'un héritage propre qui donne ouverture au retrait.

52. Si la ſucceſſion n'étoit pas acceptée, la vente de cet acquêt, qui ſeroit faite ſur un curateur à la ſucceſſion vacante, ne donneroit pas lieu au retrait; *Paris, art.* 152; car cette vente n'eſt que la vente d'un acquêt; ne s'étant pas trouvé d'héritier en la perſonne de qui l'héritage ait paſſé, il n'eſt pas devenu propre.

Mais ſi cet héritage étoit déja propre en la perſonne du défunt, la vente qui en ſeroit faite ſur un curateur à la ſucceſſion vacante, ſeroit la vente d'un propre qui donneroit lieu au retrait, de même que ſi le défunt l'eût vendue de ſon vivant; car étant repréſenté par ſa ſucceſſion vacante, ſuivant cette regle, *hereditas jacens vicem perſonæ defuncti ſuſtinet*, il eſt cenſé l'avoir vendu par la vente qu'en a faite le curateur de ſa ſucceſſion.

53. De même qu'un acquêt du défunt devient propre en la perſonne de ſon héritier, de même un héritage acquêt donné ou légué à un enfant, devient propre à cet enfant, les donations & les legs faits aux enfans étant cenſés tenir lieu de la ſucceſſion.

Il n'en eſt pas de même ſi la donation ou le legs ſont faits à un collatéral. L'héritage n'eſt qu'un acquêt du donataire qui n'eſt pas ſujet au retrait; mais ſi l'héritage donné étoit un propre du donateur, il conſerveroit, quant à la matiere du retrait lignager, ſa qualité de propre, quoiqu'il fût paſſé au donataire par un titre qui fait des acquêts, comme il a été vu ci-deſſus.

54. Les héritages compris dans une ſubſtitution, qui étoient acquêts en la perſonne de l'auteur de la ſubſtitution, ſont propres en la perſonne du ſubſtitué qui a recueilli la ſubſtitution, quelle qu'ait été la perſonne grevée par le canal de laquelle ils lui ſont venus, lorſque ce ſubſtitué eſt un des deſcendans de

l'auteur de la ſubſtitution ; car ce n'eſt pas du grevé, mais de l'auteur de la ſubſtitution, que le ſubſtitué tient les biens compris en la ſubſtitution ; ſon titre eſt une donation en ligne directe qui tient lieu de ſucceſſion.

Mais ſi les ſubſtitués ne ſont que des collatéraux de l'auteur de la ſubſtitution, quand même le grevé par le canal de qui ils ont recueilli la ſubſtitution ſeroit leur pere, les acquêts de l'auteur de la ſubſtitution ne deviennent pas propres en la perſonne des ſubſtitués ; car la ſubſtitution eſt à leur égard une donation en collatérale.

Nec obſtat qu'il n'y a pas lieu en ce cas au profit de rachat, comme nous l'avons décidé en notre *Introd. au tit. des Fiefs de la Coutume d'Orléans*, *n.* 188. La raiſon de différence eſt, que ce n'eſt pas le titre qui donne ouverture au profit de rachat, mais ſeulement le fait de la mutation ; au-lieu que c'eſt la nature du titre auquel un héritage eſt advenu à quelqu'un, qui regle la qualité de propre ou d'acquêt.

55. Un héritage m'eſt propre & eſt ſujet au retrait lignager, non-ſeulement quand c'eſt cet héritage lui-même qui m'eſt advenu par la ſucceſſion de mon parent ; mais même dans le cas où je n'ai ſuccédé qu'au droit qu'avoit mon parent de ſe le faire donner, & qu'en vertu de ce droit j'en ſuis devenu propriétaire, car je ſuis cenſé avoir ſuccédé à l'héritage en ſuccédant à ce droit, qui s'étant depuis terminé à l'héritage, devoit être par anticipation conſidéré comme l'héritage même, ſuivant la regle *Qui actionem habet, ipſam rem habere videtur.*

56. Tout ce qui eſt uni par une union réelle à un héritage, eſt propre, & ſujet au retrait, de même que l'héritage auquel il eſt uni. Tels ſont les édifices conſtruits ſur un terrain propre ; car ces édifices n'étant que des acceſſoires du terrain ſur lequel ils ſont conſtruits, & ne pouvant ſubſiſter ſéparément, ils ne peuvent avoir une qualité d'acquêt qui leur ſoit particuliere ; ils ne peuvent avoir que les mêmes qualités qu'a la choſe principale, dont ils ſont partie. Il en eſt de même de ce qui eſt accru à mon héritage par alluvion ; n'en étant propriétaire que *jure fundi*, & comme d'un acceſſoire de mon héritage, il ne peut avoir d'autres qualités que celles qu'a mon héritage.

Il en eſt autrement, lorſque l'union n'eſt qu'une union civile. Par exemple, lorſque j'ai acquis une métairie relevante de mon fief propre, quoique par l'acquiſition il ſe faſſe une réunion de fief, & que cette métairie ne compoſe plus qu'un ſeul & même fief, avec mon fief de qui elle relevoit, néanmoins elle ſera un acquêt, & ne ſera pas ſujette au retrait lignager ; car il ne ſe fait d'union que du fief ; ces héritages n'en ſont pas moins des corps diſtingués & ſéparés, dont je ſuis propriétaire à des titres différens, qui peuvent par conſéquent avoir des qualités différentes.

On doit dire la même choſe de l'union de ſimple deſtination. Lorſque j'achete un lot de terre enclavé dans celles d'une métairie de mon propre, pour le réunir à cette métairie, ce lot de terre n'en ſera pas moins un acquêt ; car il eſt auſſi diſtingué & ſéparé des autres terres de ma métairie, qu'il l'étoit avant que je l'euſſe acquis ; & c'eſt à un différent titre que j'en ſuis le propriétaire.

57. Ce qui reſte d'un héritage propre, conſerve ſa qualité de propre, pourvu qu'il conſerve la qualité d'immeuble. Par exemple, ſi ma maiſon propre a

été incendiée, non-ſeulement la place retient ſa qualité de propre : les matériaux qui en ont été détachés, tant qu'ils conſervent la qualité d'immeubles par leur deſtination à rentrer dans la reconſtruction de la maiſon, conſervent auſſi la qualité de propres. C'eſt pourquoi ſi je vends la place avec les matériaux, ils ſeront auſſi bien que la place ſujets au retrait lignager ; mais ſi je les vendois ſans la place, il n'y auroit pas lieu au retrait, parce que n'étant plus deſtinés à entrer dans la reconſtruction de la maiſon, ils ne ſont plus immeubles, ni par conſéquent propres.

58. Tous les droits que j'ai retenus dans mon héritage propre, par l'aliénation que j'en ai faite, ſont des propres de même nature que l'étoit l'héritage, & ſont par conſéquent pareillement ſujets au retrait lignager. Par exemple, ſi j'ai aliéné mon héritage propre par bail à cens, bail à champart, ou bail à rente fonciere, le droit de cens, de champart, ou de rente fonciere que je me ſuis retenu dans cet héritage, ſera propre & ſujet au retrait lignager de même que l'étoit l'héritage.

Pareillement les droits que j'ai retenus ou conſervés par rapport à mon héritage propre, lorſque je l'ai aliéné, tels que ſont les droits reſciſoires, le droit de réméré, &c. ſont propres & ſujets au retrait lignager comme l'étoit l'héritage.

59. Enfin les héritages ſubrogés à l'héritage propre que j'ai aliéné, ont par la fiction de la ſubrogation la meme qualité de propres qu'avoit l'héritage que j'ai aliéné auquel ils ſont ſubrogés, & ils ſont ſujets au retrait lignager. Cette ſubrogation a lieu lorſque j'ai acquis cet héritage immédiatement pour & à la place de mon héritage propre, comme lorſque je l'ai acquis en échange de mon héritage propre. Mais ſi j'avois vendu mon héritage propre pour une certaine ſomme d'argent, à la charge de l'employer en l'acquiſition d'un autre héritage ; quoique par l'acquiſition que j'ai faite d'un autre héritage, j'aie déclaré que les deniers pour leſquels je l'acquérois, ſont les mêmes qui proviennent du prix de l'héritage propre que j'ai vendu, & que j'entends acquérir celui-ci pour me tenir lieu de celui que j'ai vendu, cet héritage ne laiſſeroit pas d'être un acquêt qui ne ſeroit pas ſujet au retrait lignager ; car il ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage propre que j'ai vendu, mais plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu ; *Voyez notre Introduction générale à la Coutume d'Orléans, n.* 85 *& ſuivans.*

60. Lorſque j'ai acquis un héritage en échange d'une rente propre, quoique cet héritage acquierre par la ſubrogation la qualité de propre de ſucceſſion & de diſpoſition de la ligne dont la rente m'étoit provenue, il n'aura pas la qualité de propre de *retrait* & n'y ſera pas ſujet ; car la rente dont il me tient lieu n'étoit pas ſujette au retrait, & une choſe ne peut acquérir par la ſubrogation d'autres qualités que celles qu'avoit la choſe à laquelle elle eſt ſubrogée. C'eſt l'avis de Lauriere ſur l'*article* 143 de Paris. Par la même raiſon, lorſque cet héritage ſera paſſé dans ma ſucceſſion à mon héritier, il deviendra à la vérité ſujet au retrait lignager, mais il ne ſera réputé pour le retrait que propre naiſſant.

Vice verſâ, lorſque j'acquiers une rente par échange de mon héritage propre cette rente n'eſt pas ſujette au retrait ; car elle ne peut acquérir par la ſubrogation une qualité dont elle n'eſt pas ſuſceptible.

61. Lorſqu'un héritage propre a perdu ſa qualité de propre en ſortant de la famille par l'aliénation que j'en ai faite à un étranger, quoique j'en redevienne propriétaire par un nouveau titre d'acquiſition, *puta* par la vente ou par la donation que m'en ont faite celui à qui je l'avois vendu ou ſes ſucceſſeurs, il ne reprend pas ſon ancienne qualité de propre, mais il eſt acquêt & non ſujet au retrait; Bouguier, *L. R. n. 8.* Pareillement, ſi après avoir aliéné un propre paternel, j'en redeviens propriétaire à titre de ſucceſſion d'un parent maternel, à qui il étoit paſſé, il ne reprend pas ſa qualité de propre paternel qu'il avoit lorſque je l'ai aliéné, & il eſt propre maternel & ſujet au retrait lignager en faveur de ma famille maternelle ſeulement.

62. Mais lorſque je redeviens propriétaire de l'héritage propre que j'avois aliéné, non en vertu d'aucun nouveau titre, mais par la reſciſion de l'aliénation que j'en avois faite, ou même ſeulement par la réſolution & ceſſation de cette aliénation, cet héritage me rentre tel qu'il étoit, & avec toutes les qualités qu'il avoit lorſque je l'ai aliéné; par conſéquent avec celle de propre & de ſujet au retrait, s'il avoit lors cette qualité; *Introduction à la Coutume d'Orléans, n.* 72. Par exemple, ſi je ſuis rentré dans un héritage que j'avois vendu, par des lettres de reſciſion obtenues contre cette vente, ou en vertu d'une clauſe de réméré portée par le contrat; ou lorſqu'ayant donné un héritage, j'y rentre pour cauſe de ſurvenance d'enfant; en tous ces cas & autres ſemblables, l'héritage dans lequel je rentre, reprend la qualité de propre qu'il avoit, & eſt ſujet au retrait lorſque je le vendrai.

63. Il pourroit paroître y avoir plus de difficulté, lorſque la réſolution du titre d'aliénation ſe fait *ex novâ cauſâ & voluntariâ.* Par exemple, lorſqu'après avoir vendu un héritage, & en avoir mis l'acheteur en poſſeſſion, j'y rentre en vertu d'une convention par laquelle cet acheteur qui n'avoit pas encore payé le prix, convient avec moi de ſe déſiſter de ſon achat, cette nouvelle convention pourroit paroître un nouveau titre d'acquiſition qui rendroit cet héritage acquêt; néanmoins il faut décider que cette convention n'eſt pas une nouvelle vente qui me ſoit faite de cet héritage par celui qui l'avoit acheté de moi, mais une ſimple réſolution & extinction de celle que je lui en avois faite. C'eſt ce qui réſulte de l'article 112 d'Orléans qui décide que cette convention ne donne pas lieu à un nouveau profit; ce qui ſuppoſe qu'elle ne contient pas une nouvelle vente, mais une ſimple réſolution de celle que j'en avois faite; d'où il ſuit que je redeviens propriétaire de l'héritage au même titre auquel je l'étois lorſque je l'ai aliéné, & que cet héritage doit reprendre la même qualité de propre qu'il avoit.

64. Si c'étoit mon pere qui eût vendu & aliéné cet héritage, & que comme héritier de mon pere, j'y fuſſe rentré en vertu de la convention que j'aurois eue avec l'acheteur qui n'en avoit pas encore payé le prix, par laquelle il ſe ſeroit déſiſté de ſon achat; la vente que mon pere avoit faite de cet héritage, ſe trouve réſolue par cette convention; l'héritage reprend la qualité qu'il avoit d'acquêt de mon pere, & devient en ma perſonne propre paternel ſujet au retrait; car les acquêts d'un défunt ſont propres en la perſonne de leurs héritiers. On oppoſera peut-être que cet héritage ne s'étant pas trouvé dans la ſucceſſion de mon pere qui l'avoit aliéné avant ſa mort, je ne puis être cenſé le tenir de

la ſucceſſion de mon pere. La réponſe eſt que ſi je n'ai pas trouvé l'héritage même dans la ſucceſſion, j'y ai trouvé l'action *ex vendito*, qui n'étant d'abord qu'une action mobiliaire *ad pretium conſequendum*, s'eſt par la convention que j'ai faite avec l'acheteur, convertie en une action pour rentrer dans l'héritage, & s'eſt effectivement terminée à l'héritage dans lequel je ſuis rentré, ce qui ſuffit pour que cet héritage ſoit cenſé m'être venu de la ſucceſſion de mon pere *ſuprà*, *n.* 55. D'ailleurs on ne peut nier que je ne tienne de la ſucceſſion de mon pere un héritage dans lequel je ne ſuis rentré qu'en qualité d'héritier de mon pere.

65. Lorſque je rentre dans un héritage propre, en vertu d'une Sentence qui déclare la donation que j'en avois faite, révoquée pour cauſe d'ingratitude du donataire ; on doit pareillement décider qu'il reprend la qualité de propre ſujet au retrait ; car je rentre plutôt que je n'acquiers.

66. Il en eſt autrement lorſque j'ai vendu mon héritage avec la clauſe que j'aurois le droit de refus lorſqu'il ſeroit revendu, & que j'ai exercé ce droit ſur un acheteur à qui il a été revendu ; car en ce cas ce n'eſt pas par la réſolution de la vente que j'avois faite, que j'en redeviens propriétaire ; mais c'eſt par un nouveau titre d'acquiſition ; ſçavoir, par la vente faite à celui ſur qui j'ai exercé le droit de refus, aux droits duquel je ſuis ſubrogé.

Voyez pluſieurs autres queſtions ſur la matiere des propres en notre Introduction générale ſur la Coutume d'Orléans.

ARTICLE III.

Si les choſes qui par elles-mêmes ne ſont pas ſujettes au retrait, y deviennent ſujettes lorſqu'elles ſont vendues par un même marché avec un héritage qui y eſt ſujet.

67. Suivant le Droit commun, les choſes qui ne ſont pas par elles-mêmes ſujettes au retrait lignager, n'y deviennent pas ſujettes, quoiqu'elles ſoient vendues par un même marché avec un héritage qui y eſt ſujet. C'eſt pourquoi l'acquéreur aſſigné en retrait n'eſt tenu de délaiſſer au retrayant que l'héritage de ſa ligne, & il eſt le maître de retenir, ſi bon lui ſemble, les autres choſes, quoique compriſes dans le même marché. Pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions, comme Meaux, 104; Melun, 140; Mantes, 87; Perone, 246; Touraine, 174, & pluſieurs autres. Ce Droit doit être ſuivi dans les autres Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, non-ſeulement parce qu'il eſt autoriſé par le plus grand nombre des Coutumes ; mais parce qu'il eſt fondé ſur une raiſon évidente, que le lignager ne peut avoir de droit que ſur les héritages de ſa ligne ſur leſquels la Loi le lui accorde, & non ſur les choſes ſur leſquelles la Loi ne le lui a pas accordé.

68. M^e. Guyot, *Traité des Fiefs*, apporte une exception à ce principe, à l'égard des meubles deſtinés à l'exploitation d'une métairie, comme ſont les cuves, les beſtiaux & meubles aratoires. Il veut que lorſqu'ils ont été vendus avec la métairie, le lignager puiſſe les retenir avec la métairie malgré l'acquéreur. Cette opinion qui eſt adoptée par le Commentateur de la Rochelle, eſt

eſt aſſez plauſible. Il y a une eſpece d'intérêt public que ces meubles ne ſoient pas ſéparés de la métairie, à l'exploitation de laquelle ils ſervent, cette ſéparation étant préjudiciable à la culture des terres. Cette raiſon d'intérêt public paroît avoir ſervi de fondement à l'*Ordonnance des Subſtitutions, p. 1, art. 6*, & il peut pareillement ſervir de fondement à cette déciſion. Ajoutez que l'acquéreur n'ayant pas ordinairement intérêt de conſerver ces meubles, lorſqu'il ne conſerve pas la métairie; ce ne ſeroit que par une mauvaiſe humeur qu'il en refuſeroit le retrait.

69. A l'égard des autres meubles, quoique le lignager ne puiſſe pas obliger l'acquéreur à lui délaiſſer ces choſes avec l'héritage ſujet au retrait, ſi l'acquéreur ne le veut, l'acquéreur ne peut-il pas, pour ſon indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ce qui eſt compris au marché, ou rien? C'eſt une queſtion que nous traiterons au chapitre cinquieme.

70. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, s'eſt écartée du Droit commun. Elle donne au lignager le droit de retirer tout ce qui a été vendu par un même marché, & pour un même prix avec l'héritage de ſa ligne: le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de ſe faire ſubroger au marché de l'acquéreur étranger, lorſque l'héritage de ſa ligne eſt vendu, elle a tiré cette conſéquence que n'y ayant qu'un marché par lequel ſon héritage étoit vendu avec les autres choſes, le lignager avoit droit d'être ſubrogé à ce marché tel qu'il eſt, & par conſéquent de le prendre en entier, & de retirer tout ce qui y étoit compris; *Voyez ledit art.* 395 *& nos Notes ſur icelui.*

71. Si un héritage de ma ligne ſitué à Orléans, a été vendu pour un même prix avec un autre héritage qui n'eſt pas de ma ligne, ſitué ſous une autre Coutume qui n'a pas une pareille diſpoſition, puis-je en exerçant le retrait de l'héritage qui eſt de ma ligne, retirer auſſi l'autre héritage que l'acquéreur veut retenir? Non, car les Coutumes n'ayant d'empire que ſur les héritages ſitués dans leur territoire, notre diſpoſition de la Coutume d'Orléans n'a pu aſſujettir au retrait un héritage ſitué ſous une autre Coutume.

Par une ſemblable raiſon, ſi mon parent Pariſien a vendu un héritage de ma ligne ſitué à Orléans, avec pluſieurs effets mobiliers, par un même marché, je ne pourrai pas, en exerçant le retrait de l'héritage, retirer auſſi les meubles que l'acquéreur veut retenir; car la Coutume d'Orléans ne peut rendre retrayables que les choſes ſur leſquelles elle a empire, ou par rapport à elles-mêmes, lorſqu'elles ont une ſituation; ou par rapport à la perſonne à qui elles appartiennent, lorſque ce ſont choſes mobiliaires, qui n'ayant pas de ſituation, ſont régies par la loi qui régit la perſonne à qui elles appartiennent; d'où il ſuit que la Coutume d'Orléans n'a pu rendre retrayables ces meubles qui ont été vendus par un Pariſien qui n'eſt pas ſoumis à ſon empire.

72. *Quid vice versâ*, ſi c'eſt un parent Orléanois qui a vendu un héritage de ma ligne ſitué à Paris, avec des meubles, & avec des acquêts ſitués à Orléans? Pourrai-je en ce cas, en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne, retirer auſſi toutes ces choſes? Non: car la Coutume d'Orléans n'accorde pas le retrait de ces choſes *principaliter* & par elles-mêmes, mais en tant qu'elles ſont compriſes dans un même marché avec un héritage dont elle accorde le retrait: or dans cette eſpece-ci, ce n'eſt pas la Coutume d'Orléans qui m'ac-

corde le retrait de l'héritage de ma ligne qui eſt hors de ſon territoire; elle ne m'accorde donc pas non plus le retrait du ſurplus.

CHAPITRE IV.

Des Contrats & Actes qui donnent ouverture au Retrait lignager; & de quand.

73. LES contrats qui donnent ouverture au retrait, ſont le contrat de vente, les contrats ou actes équipollens à vente, ou dans leſquels la nature de contrat de vente prédomine.

ARTICLE PREMIER.

Du Contrat de vente.

74. La vente d'un héritage donne lieu au retrait, ſoit que ce ſoit le propriétaire de cet héritage qui ait été lui-même le vendeur, ſoit qu'il ait ſeulement conſenti à la vente qui en a été faite par un autre; car quoique vendre & conſentir ſimplement à une vente ſoient choſes différentes, ſuivant la regle, *Aliud eſt vendere, aliud venditioni conſentire*, en ce que l'obligation de garantie n'eſt contractée que par le vendeur, & non par celui qui n'a fait que conſentir à la vente; néanmoins pour le cas du retrait lignager, c'eſt la même choſe; parce que celui qui conſent à la vente de ſon héritage faite par un autre à un étranger, ne l'aliene pas moins, & ne le met pas moins hors de ſa famille, par cette vente à laquelle il conſent, que s'il étoit lui-même le vendeur; ce qui eſt la ſeule choſe que l'on conſidere en fait de retrait lignager.

75. Les ventes forcées auſſi-bien que celles qui ſont volontaires, donnent ouverture au retrait.

Par exemple, ſi une perſonne, par ſon teſtament, a chargé ſon héritier de vendre à Pierre un certain héritage, la vente que cet héritier fera de cet héritage à Pierre, donnera ouverture au retrait lignager, quoiqu'elle ne ſoit pas volontaire, l'héritier étant obligé par le teſtament à vendre.

Cette déciſion a ſur-tout lieu lorſque l'héritage, dont le défunt a ordonné la vente, étoit un héritage qui lui étoit propre; car n'ayant pu lui-même vendre cet héritage ſans donner ouverture au retrait, il ne peut pas, en le faiſant vendre par ſon héritier, fruſtrer ſa famille du retrait.

Il faut décider la même choſe dans le cas auquel l'héritage auroit été un acquêt du défunt; car quoique le défunt eût pu le vendre ſans donner ouverture au retrait, cet héritage étant devenu propre en la perſonne de ſon héritier, la vente qu'en fait l'héritier eſt la vente d'un propre qui donne lieu au retrait. Pour empêcher le retrait, il eût fallu que le teſtateur, au-lieu d'ordonner la vente de cet héritage, l'eût légué directement au légataire, à la charge de donner une certaine ſomme à ſon héritier.

76. On a douté ſi la vente par décret ſur une ſaiſie réelle étoit ſujette au retrait? La Coutume de Paris, *art.* 150, décide qu'elle y eſt ſujette; un très-grand nombre de Coutumes ont la même diſpoſition, Meaux, Melun, Sens, Auxerre, Eſtampes, Dourdan, Montfort, Mantes, Troyes, Laon, Reims, Duché de Bourgogne, Nivernois, Berry, Auvergne, la Marche, Poitou, Angoumois & pluſieurs autres.

On doit décider la même choſe dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. La raiſon eſt, qu'une vente quoique faite par décret, eſt une vraie vente par laquelle le débiteur ſaiſi aliene ſon héritage propre à l'adjudicataire. Il eſt vrai qu'elle n'eſt pas volontaire; mais la loi qui accorde le retrait l'ayant diſtinctement accordé, elle embraſſe dans ſa diſpoſition toutes les ventes, celles qui ſont forcées comme les volontaires: *Ubi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere.* D'ailleurs le grand nombre des Coutumes qui ont décidé en ce cas pour le retrait, forment un droit commun qui doit être ſuivi dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées.

Il y a un très-petit nombre de Coutumes qui ſe ſont écartées du Droit commun, & qui ont excepté de la loi du retrait lignager les ventes par décret: notre Coutume, *art.* 400, eſt de ce nombre. La Coutume de Tours, *art.* 180, a une pareille diſpoſition; & Dumoulin en ſa Note ſur cet article, dit qu'elle eſt fondée ſur une raiſon de commiſération pour le débiteur ſaiſi, afin que l'héritage s'en vende mieux.

Cette diſpoſition ne doit pas être bornée au ſeul décret ſolemnel. La vente qui eſt faite des biens d'un débiteur ſur une affiche & trois publications, eſt pareillement exceptée du retrait, il y a même raiſon; la Juriſprudence en eſt conſtante dans notre Coutume. L'Auteur des Notes de 1711, ſur notre Coutume d'Orléans, rapporte pluſieurs ſentences qui l'ont jugé; mais cette exception ne s'étend point aux adjudications qui ſe font en juſtice ſur des licitations où les encheres étrangeres ſont reçues, & qui ſont faites à un étranger; ni à toutes les autres ventes forcées, telle qu'eſt celle dont eſt mention au *n.* précédent.

77. Dans les Coutumes qui portent qu'*héritage vendu par décret n'eſt pas ſujet à retrait*, ſi un acheteur fait ſur lui un décret volontaire qui ſoit mis à chef avant l'expiration du temps du retrait auquel la vente qui lui a été faite, a donné ouverture; l'acheteur, quoiqu'adjudicataire par ce décret, ne laiſſe pas d'être ſujet au retrait pendant le temps qui en reſte à expirer; car dans ces Coutumes le décret ne donne pas à la vérité par lui-même ouverture au retrait, mais il n'empêche pas celui auquel a donné ouverture une vente volontaire dont il n'eſt que la confirmation; *Orléans, art.* 401.

78. Les ventes faites pour cauſe d'utilité publique ne ſont pas ſujettes au retrait lignager; l'intérêt de la famille dans le retrait n'étant qu'un intérêt de particuliers, doit céder à un intérêt public.

ARTICLE II.

Quels ſont les Contrats qui ſont équipollens à vente.

§. I.

Du Contrat à rente viagere.

79. Il n'eſt pas douteux que le contrat par lequel on vend un héritage pour une rente viagere, ſoit un contrat au moins équipollent à vente, & même un vrai contrat de vente, la rente viagere qui a fait le prix dans ce contrat étant un prix qui conſiſte en argent.

Cette déciſion a lieu, quand même le contrat ſeroit qualifié de donation, lorſque la rente viagere excede notablement le revenu de l'héritage; car la rente en ce cas eſt le prix de l'héritage. Mais ſi la rente eſt à-peu-près d'égale valeur au revenu, la rente pourroit être regardée comme étant le prix de la jouiſſance de l'héritage que le donateur pouvoit ſe retenir, plutôt que le prix de l'héritage même, & par conſéquent l'acte pourroit paſſer pour une donation qui n'eſt pas ſujette au retrait.

Sur la queſtion, ſi le retrait peut s'exercer ſur un contrat à rente viagere, après la mort de celui ſur la tête de qui la rente eſt créée; *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs, n.* 246.

§. II.

De l'échéance contre des choſes mobiliaires.

80. L'échange d'un héritage contre des choſes mobiliaires eſt regardé comme contrat équipollent à vente: & Dumoulin, *in Conſ. Pariſ.* §. 20, *gl.* 5, *n.* 49, décide qu'il donne lieu au retrait. Il y en a une raiſon évidente qui eſt que ces choſes qui ſont d'un commerce journalier étant facilement convertibles en argent; donner un héritage pour des choſes de cette eſpece, eſt preſque la même choſe que de le donner pour de l'argent, & de le vendre. Sans cela les acheteurs pourroient éluder la loi du retrait quand bon leur ſembleroit, rien n'étant plus facile que de donner, au-lieu d'argent, des marchandiſes au vendeur qui les revendroit, & les convertiroit auſſi-tôt en argent.

Dumoulin, *ibid.* excepte de ſa déciſion (1) l'échange contre quelques meubles rares & précieux; car une telle choſe n'étant pas facilement convertible en argent, la raiſon de la déciſion ceſſe. Mais comme il peut y avoir d'autres raiſons pour leſquelles la Juriſprudence, a aſſujetti au retrait l'échange contre des meubles, cette déciſion de Dumoulin peut ſouffrir difficulté.

---

(1) La déciſion & l'exception ſont à la vérité dans le cas d'une dation en paiement, mais que Dumoulin compare à l'échange; il dit: *ſicut nec in verâ permutatione*; ainſi j'ai pu les appliquer à l'échange.

§. III.

De la Dation en paiement.

81. La dation en paiement eſt un acte équipollent à vente, *dare in ſolutum eſt vendere ;* L. 4, *Cod. de evict.* C'eſt pourquoi lorſqu'un débiteur donne à ſon créancier un héritage en paiement d'une ſomme d'argent ou d'autres choſes mobiliaires qu'il lui doit, il y a lieu au retrait. Notre Coutume d'Orléans, *article* 397, en a une diſpoſition.

82. Il en eſt de même, ſi j'ai donné un héritage à mon créancier pour le rachat d'une rente conſtituée, ou même pour le rachat d'une rente fonciere non-rachetable ; car en l'un & l'autre cas, c'eſt une vraie dation en paiement de la ſomme d'argent dont la rente conſtituée que je devois étoit rachetable, ou de celle dont nous ſommes convenus pour le rachat de la rente fonciere ; Guyot, *Traité des Fiefs, tit. du retrait ſeign. ch.* 4, *n.* 2.

83. Quelque favorable qu'ait été la cauſe de la dot, en paiement de laquelle a été donné l'héritage, la dation en paiement donne ouverture au retrait. C'eſt pourquoi Grimaudet, *n.* 1, 7, décide qu'il y a lieu au retrait, au profit de la famille du mari, lorſqu'on a donné à la femme un héritage propre du mari en paiement de ſes deniers dotaux, quand même ce ſeroit en vertu d'une clauſe du contrat de mariage, qui porteroit que cet héritage lui ſeroit donné en paiement de ſes deniers dotaux.

Il en ſeroit autrement ſi le mari avoit ameubli & mis en communauté un de ſes propres ; & qu'après la diſſolution de ſa communauté, la femme la prît en paiement de ſes repriſes ; car l'acte par lequel la femme prend cet héritage en paiement, n'eſt pas proprement un titre d'acquiſition. Par cet acte le droit de la femme dans les biens de la communauté qu'elle conſerve nonobſtant ſa renonciation, juſqu'à concurrence de ce qu'elle a à reprendre ſur leſdits biens, ſe détermine à cet héritage qui fait partie deſdits biens, plutôt qu'elle n'eſt cenſée en faire l'acquiſition ; & c'eſt pour cette raiſon que cet acte ne donne pas ouverture au profit de ventes ; *Voyez notre Introduction au tit. des Fiefs, n.* 153.

Mais l'ameubliſſement que le mari a fait de ce propre, & qui eſt en ce cas-ci le titre de la femme, ne doit-il pas donner lieu au retrait ? C'eſt ce que nous examinerons *infrà.*

84. La dation en paiement ne donne lieu au retrait que lorſque la choſe due en paiement de laquelle l'héritage eſt donné, eſt une ſomme d'argent ou quelque choſe de mobilier. Il en ſeroit autrement ſi l'héritage étoit donné en paiement d'un autre héritage que je devois : cet acte tiendroit plutôt de l'échange que de la vente, & ne donneroit pas lieu au retrait.

§. IV.

Des donations rémunératoires ou onéreuſes.

85. La donation d'un héritage qui eſt faite pour récompenſe de ſervices, lorſque ces ſervices ſont appréciables à une ſomme d'argent, pour laquelle celui

à qui la donation eſt faite auroit eu action en juſtice, eſt auſſi un acte équipollent à vente & qui donne lieu au retrait; car une telle donation eſt plutôt dation en paiement que donation.

Cela a ſur-tout lieu lorſque la ſomme à laquelle ces ſervices ſont appréciables à prix d'argent, égale la valeur de l'héritage donné en récompenſe de ces ſervices; car en ce cas il faut convenir que cet acte n'eſt autre choſe qu'une dation en paiement, & n'a de la donation que le nom; il ne doit pas dépendre des parties en donnant ce nom à cet acte, de le ſouſtraire au retrait auquel il eſt naturellement ſujet.

Sur le cas auquel le prix des ſervices n'égale pas la valeur de l'héritage; *Voyez infrà, art. ſuivant.*

86. Il en eſt de même des donations onéreuſes, lorſque les charges impoſées au donataire ſont quelque choſe d'appréciable à une ſomme d'argent, ſur-tout lorſque cette ſomme égale la valeur de l'héritage.

Il faut auſſi, pour que la donation ſoit réputée onéreuſe & équipollente à vente, que les charges impoſées au donataire, ſoient extrinſéques à la choſe donnée.

C'eſt pourquoi la donation d'un héritage qui ſeroit faite à la charge d'une groſſe rente fonciere dont cet héritage eſt chargé, quand même la charge de cette rente abſorberoit le prix de l'héritage, n'eſt pas pour cela réputée une donation onéreuſe; cette charge n'étant pas proprement une charge de la donation, mais une charge de la choſe, qui ſuit la choſe, & dont le donataire ſeroit chargé, quand même il n'en ſeroit rien dit par la donation.

§. V.

Du Bail à rente rachetable.

87. Le bail à rente rachetable eſt auſſi regardé comme un contrat équipollent à vente qui donne lieu au retrait; Paris, *art.* 137; Orléans, 397; & pluſieurs autres Coutumes en ont des diſpoſitions.

Il ſembleroit que ce contrat ne devroit donner ouverture au retrait que lors du rachat; car ce n'eſt qu'en ce temps qu'il devient équipollent à vente, puiſque ce n'eſt que par le rachat qu'il devient une aliénation à prix d'argent. Néanmoins les Coutumes ont voulu qu'il y donnât ouverture dans le temps du bail; autrement les lignagers ſe trouveroient toujours fruſtrés de leurs droits; ce rachat de la rente ſe faiſant ordinairement à leur inſçu. D'ailleurs on peut dire que ces baux à rente ſont en quelque façon, au moins dans le vœu des contractans, des aliénations *à prix d'argent*, l'intention de l'acquéreur étant d'acquérir cet héritage pour la ſomme dont il a ſtipulé que la rente ſeroit rachetable, & le bailleur n'ayant retenu une rente fonciere, qu'en attendant que l'acquéreur eût payé cette ſomme. Néanmoins cette raiſon, ſi elle n'étoit pas jointe à la premiere, pourroit peut-être n'être pas ſuffiſante.

88. Livoniere a prétendu que les baux à rente n'étoient vraiment baux à rente rachetable, & ſujets en conſéquence au retrait, que lorſque cette faculté étoit ſtipulée par le bail, & non dans le cas auquel le preneur tient

cette faculté de la Loi, comme dans les baux à rente des maiſons de ville. Cette opinion n'eſt pas ſuivie; ces baux à rente ne ſont pas moins baux à rente rachetable, & ſujets au retrait, que ceux dans leſquels la faculté de racheter eſt expreſſément ſtipulée: on peut même dire qu'ils le ſont à plus fort titre, puiſque la faculté de racheter, qui ne procede que de la convention, eſt ſujette à preſcription. La raiſon ſur laquelle Livoniere ſe fonde, eſt de dire que le bail à rente rachetable, n'étant réputé équipoller à vente, que parce qu'il eſt dans l'intention des parties *aliénation à prix d'argent*, par le rachat de la rente que le preneur ſe propoſe de faire un jour, cette intention doit être déclarée par le bail. La réponſe eſt, que dans les baux dans leſquels la Loi accorde au preneur la faculté de racheter la rente, cette faculté ne ſe trouve pas expreſſément ſtipulée, c'eſt parce qu'il eſt inutile de ſtipuler ce que la Loi accorde; mais le preneur n'en eſt pas moins préſumé avoir eu l'intention de racheter la rente lorſqu'il en auroit la commodité; la volonté de libérer ſon bien quand on le peut, étant naturelle.

ARTICLE III.

Des Contrats & Actes qui ne ſont pas équipollens à vente, ni par conſéquent ſujets au retrait.

§. I.

De l'échange contre un autre immeuble.

89. C'eſt un principe qui n'eſt pas conteſté, que l'échange d'un héritage contre un autre héritage ne donne pas lieu au retrait: pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions; Paris, *art.* 145; Orléans 384.

90. On a agité la queſtion, ſi l'échange d'un héritage contre une rente conſtituée donnoit lieu au retrait? Il faut ſur cette queſtion diſtinguer deux cas: le premier cas eſt, lorſque celui qui reçoit en échange de ſon héritage une rente conſtituée, eſt ſoumis à une Coutume qui répute meubles les rentes conſtituées, & que la rente eſt de celles qui n'ont pas de ſituation, & qui ſe régiſſent par la Loi à laquelle eſt ſoumiſe la perſonne à qui elles appartiennent: en ce cas la rente qu'il reçoit en échange de ſon héritage étant en ſa perſonne un bien-meuble, l'échange qu'il a fait de ſon héritage contre cette rente, eſt un échange contre un meuble, qui eſt réputé contrat équipollent à vente, & donne lieu au retrait.

Le ſecond cas eſt celui de l'échange d'un héritage, contre une rente régie par une Coutume qui répute les rentes conſtituées immeubles, ce qui arrive lorſque celui qui la reçoit en échange de ſon héritage, eſt ſoumis par ſon domicile à une de ces Coutumes, ou lorſque la rente a une ſituation dans une de ces Coutumes: en ce cas l'opinion commune, & qui a prévalu dans l'uſage, eſt de regarder cet échange comme un échange contre un immeuble qui ne doit pas donner lieu au retrait. Les raiſons ſur leſquelles cette opinion eſt fondée, ſont: 1°. Le droit de retrait lignager, eſt un droit rigoureux, qui ne doit avoir lieu que dans les cas dans leſquels la Loi l'a accordé, &

ne doit pas être étendu à d'autres. La Loi l'a accordé en cas de vente ; il ne doit pas être étendu au cas d'échange, l'échange étant un contrat différent de celui de vente. Il eſt vrai que la Juriſprudence a étendu le retrait à l'échange d'un héritage contre des meubles, & qu'elle a regardé cet échange comme un contrat reſſemblant à celui de vente, ainſi que nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 80. Mais cette Juriſprudence établie *contrà rationem juris*, quoique pour de bonnes raiſons, n'eſt pas ſuſceptible d'extenſion, & elle ne peut ſans extenſion s'appliquer à l'échange contre une rente conſtituée réputée immeuble; parce qu'on ne peut pas dire que ce ſoit un échange contre un meuble : 2°. Il y a une très-grande différence entre l'échange contre une rente réputée immeuble, & l'échange contre des meubles. Celui-ci dépouille entiérement la famille : les meubles que le parent reçoit en échange de ſon héritage propre qu'il aliene, n'étant aucunement ſuſceptibles de la qualité de propre qu'avoit cet héritage. Au contraire l'échange contre une rente réputée immeuble, ne dépouille pas la famille ; la rente que reçoit le parent en échange de ſon héritage, étant ſubrogé à la qualité de propre qu'avoit l'héritage pour le cas des ſucceſſions, & pour le cas des teſtamens & donations.

Ceux qui ſont de l'opinion contraire, la fondent ſur les raiſons ſuivantes. Ils diſent que même dans les Coutumes qui ont une diſpoſition expreſſe, par laquelle elles réputent immeubles les rentes conſtituées, telles que ſont les Coutumes de Paris & d'Orléans, ces rentes ſont bien en toute autre matiere que celle de retrait, réputées immeubles, mais non en matiere de retrait ; puiſque ces mêmes Coutumes déclarent que ces rentes ne ſont pas ſujettes au retrait, lorſqu'elles ſont vendues ; d'où il ſuit qu'en matiere de retrait, l'échange d'un héritage contre une rente, ne peut paſſer pour un échange contre un immeuble, mais pour un échange contre un meuble qui doit donner ouverture au retrait. Ils ajoutent que ſi l'échange contre un autre héritage eſt regardé comme un contrat tout différent de la vente, & ne donne pas ouverture au retrait ; c'eſt parce qu'au moyen de ce que l'héritage reçu en échange eſt ſubrogé à celui qui a été aliéné, tous les droits de la famille ſont conſervés non-ſeulement en cas de ſucceſſion & de teſtament, mais même en cas d'aliénation par vente ; ce qui n'eſt pas que lorſque l'échange eſt contre une rente conſtituée, cette rente n'étant pas ſujette au retrait, lorſqu'elle ſera vendue. Enfin ils diſent que c'eſt ouvrir la porte aux fraudes, que d'exclure le retrait en ce cas ; rien n'étant plus facile que de faire conſtituer une rente par une perſonne affidée, que l'acheteur paroîtra donner en échange de l'héritage qu'il veut acheter, & qui ſera rembourſée au vendeur auſſi-tôt après le contrat. Ce ſont les raiſons qu'emploie M. Vaſlin en ſon Commentaire ſur l'article 29 de la Coutume de la Rochelle.

Nonobſtant ces raiſons, quoique très-fortes, la premiere opinion a été confirmée par un Arrêt de 1725, rapporté au Recueil d'Arrêts de la quatrieme des Enquêtes. On peut répondre au premier argument de ceux qui ſoutiennent l'opinion contraire, que ſi les rentes ne ſont pas ſujettes à retrait, on n'en doit pas conclure, qu'en matiere de retrait, elles ſont réputées meubles, & que l'échange contre une rente eſt un échange contre un meuble. On doit ſeulement en conclure que la Coutume ne rend pas ſujets au retrait

tous

tous les immeubles réels qui ſeuls ſont compris ſous le terme d'*héritage*, & non les immeubles fictifs, tels que ſont les rentes. On répond au ſecond, qu'il n'eſt pas néceſſaire, pour qu'un genre d'aliénation ſoit exempt de retrait, que la famille de celui qui aliéne l'héritage puiſſe conſerver dans ce qu'il reçoit à la place, tous les mêmes droits qu'elle avoit dans celui qui lui a été aliéné. Dans le cas d'une donation, la famille eſt entiérement dépouillée ; ce genre d'aliénation n'en eſt pas moins exempt de retrait. La réponſe au troiſieme argument, eſt que la crainte des fraudes n'eſt pas une raiſon ſuffiſante pour que les Juges aſſujettiſſent au retrait un genre d'aliénation que les Loix n'y ont pas aſſujetties, lorſque la fraude n'eſt pas prouvée.

Au reſte je ſerois aſſez porté à décider que ſi la rente reçue en échange étoit une rente qui eût été conſtituée à celui qui l'a donnée en échange peu de jours avant le contrat, & qu'elle fût rachetée par le débiteur de la rente peu de jours après, ou même dans l'année, on devroit préſumer le contrat frauduleux, & admettre le retrait, du jour que le rembourſement de la rente auroit découvert la fraude.

L'échange d'un héritage propre fait contre une rente conſtituée, ne donnant pas lieu au retrait, celui fait contre un office n'y doit pas donner lieu. Il y a une entiere parité de raiſon, les offices étant, comme les rentes conſtituées, des immeubles fictifs. Nous l'avons ainſi jugé au Bailliage d'Orléans, le 30 Mars 1765, au profit du ſieur Couret, Imprimeur.

91. L'échange ne donne pas lieu au retrait, lorſqu'il a été fait but-à-but, & ſans aucun retour en deniers, ou en autres choſes mobiliaires : mais il y a variété dans les Coutumes à l'égard des échanges avec retour en deniers ou autres choſes mobiliaires.

Les Coutumes de Paris, d'Orléans, & un grand nombre d'autres, exemptent de retrait l'échange, quoique fait avec ſoulte, c'eſt-à-dire, avec retour en deniers ou en autres choſes mobiliaires, à moins que la ſoulte n'excédât la moitié de la valeur de l'héritage par ce contrat d'échange, ou comme s'expriment la Coutume & quelques autres, *ſinon que la ſoulte excédât l'héritage baillé avec elle en contre échange* : ce qui revient au même ; car la ſoulte qui excede la valeur de l'héritage reçu avec elle par mon parent en contre échange de l'héritage qu'il a aliéné, excede la moitié de la valeur de cet héritage qu'il a aliéné.

Pluſieurs autres Coutumes n'exigent pas que la *ſoulte*, *tourne*, ou retour en deniers ou autres meubles, excede la moitié de la valeur de l'héritage pour que l'échange donne lieu au retrait ; elles ſe contentent que cette ſoulte égale cette moitié, ou ce qui eſt la même choſe, qu'elle égale la valeur de l'héritage reçu avec elle en contre échange. C'eſt la diſpoſition de la Coutume de Melun, *art.* 142 ; de Clermont, *tit.* 2, *art.* 19, & de pluſieurs autres.

La Coutume de Bretagne, *art.* 316, admet le retrait en échange, lorſque le retour en deniers excede le tiers de la valeur de l'héritage.

Au contraire celle de Bordeaux, *art.* 32, veut que le retour en deniers vaille deux fois plus que l'héritage reçu en contre-échange avec ledit retour, c'eſt-à dire, qu'il vaille plus des deux tiers de la valeur de l'héritage dont elle accorde le retrait.

Celle de Normandie, *art.* 464, admet le retrait en échange fait avec une ſoulte en deniers, *quelque petite qu'elle ſoit.*

Celle de Montargis, *tit.* 16, *art.* 9, accorde auſſi le retrait, en cas d'échange, toutes les fois qu'il y a retour en deniers, ou choſes mobiliaires données en retour, à moins qu'ils ne fuſſent donnés que par forme de vin de marché.

Il en eſt de même dans les Coutumes qui diſent indiſtinctement: *Lorſqu'il y a retour en deniers ou en meubles, il y a lieu au retrait à proportion du retour,* ſans s'expliquer ſur la quantité de ce retour. Dans ces Coutumes la Loi n'ayant point fait de diſtinction entre un retour conſidérable ou modique, on doit, ſans diſtinguer ſi le retour égale, ou non, la moitié de la valeur de l'héritage, ſi le retour eſt conſidérable ou modique, admettre le retrait à proportion du retour, quel que ſoit le retour, ſuivant cette regle: *Ubi lex non diſtinguit, nec nos debemus diſtinguere.* C'eſt l'avis de Dupineau, ſur la Coutume d'Anjou, *art.* 353, & de ſon Annotateur.

Il y a quelques Coutumes qui s'expliquent en termes négatifs, en diſant indiſtinctement qu'il n'y a lieu au retrait en échange fait *but-à-but ſans ſoulte*, ſans s'expliquer ſur la quantité de la ſoulte; telle eſt la Coutume de Senlis, *art.* 224. Il ſembleroit que ces Coutumes laiſſent à conclure que dans le cas contraire, lorſqu'il y a un retour en deniers, il y a lieu au retrait indiſtinctement, & quel que ſoit le retour, ſuivant la regle, *excluſio unius, eſt admiſſio alterius.* Néanmoins, Ricard, dans ſon Commentaire ſur cet article, penſe qu'on n'en doit pas tirer cette conſéquence; que la Coutume ne s'étant expliquée que ſur un cas auquel le retrait ne pouvoit avoir lieu en cas d'échange, & ne s'étant pas expliquée ſur ceux auxquels il devroit avoir lieu, elle en avoit laiſſé la déciſion aux Coutumes circonvoiſines, telle que celle de Clermont, ſuivant laquelle, *art.* 19, il faut que la ſoulte excede ou égale au moins la moitié de la valeur de l'héritage, pour que le contrat puiſſe paſſer pour équipollent à vente, & donner lieu au retrait.

Dans les Coutumes qui n'ont point du tout parlé de l'échange, on n'y admet le retrait en échange, que conformément au Droit Commun, c'eſt-à-dire, lorſqu'il y a une ſoulte qui excede la moitié de la valeur de l'héritage. M. Vaſlin, en ſon Commentaire ſur la Coutume de la Rochelle, qui eſt de ce nombre, dit que cela a paſſé en maxime.

92. Il y a une autre variété dans les Coutumes pour le retrait en cas d'échange. Pluſieurs Coutumes, du nombre deſquelles eſt celle de Paris, n'admettent le retrait qu'au prorata de la ſoulte. Par exemple, ſi j'ai changé mon héritage propre, de valeur de douze mille livres, contre un autre héritage de valeur de quatre mille livres, & une ſoulte de huit mille livres; la ſoulte en cette eſpece montant aux deux tiers de la valeur de l'héritage, ma famille ne doit être admiſe au retrait que des deux tiers de cet héritage, qui doit être partagé entre l'acquéreur qui en retiendra un tiers, & le retrayant à qui on en délivrera les deux tiers. Les raiſons ſur leſquelles ſe ſont fondées ces Coutumes, ſont, 1°. que le contrat n'étant pas entiérement contrat de vente, il ne doit pas donner lieu entiérement au retrait, mais ſeulement à proportion de ce que ce contrat participe du contrat de vente, & par con-

ſéquent à proportion de la ſoulte en deniers : 2°. L'héritage que j'ai retiré en contre-échange devenant, par ſubrogation, propre de la même qualité & de la même ligne, que celui que j'ai aliéné & mis hors de ma famille, elle eſt indemniſée en partie de l'aliénation que j'ai faite, elle ne doit donc avoir le droit de retrait que pour le ſurplus : 3°. Que l'acquéreur qui m'a donné un fonds avec le retour en deniers, pour l'héritage que je lui ai cédé, doit avoir une portion dans le fonds que je lui ai cédé, qui lui tienne lieu de celui qu'il m'a cédé; ſans cela, & s'il étoit obligé de recevoir de l'argent pour le fonds qu'il a donné, il ne ſeroit pas entiérement indemne, il ne ſeroit pas mis au même état qu'il étoit avant le contrat. On ne doit pas l'obliger à recevoir malgré lui de l'argent pour un fonds qu'il n'a pas voulu vendre, & qu'il n'a conſenti d'aliéner qu'autant qu'il auroit un autre fonds à la place; c'eſt lui faire vendre ſon héritage malgré lui : *Nemo rem ſuam invitùs vendere cogitur.*

L'opinion contraire, ſçavoir qu'il y a lieu au retrait pour le total, lorſque la ſoulte en deniers excede la moitié de la valeur de l'héritage, a été embraſſée par pluſieurs autres Coutumes, même en plus grand nombre; & notre Coutume d'Orléans, *art.* 384, eſt de ce nombre. Les raiſons ſur leſquelles elles ſe ſont fondées, ſont que la nature des contrats doit ſe régler ſur ce qui y prédomine. Donc lorſqu'un héritage eſt cédé pour une ſomme d'argent, & pour un autre héritage de moindre valeur que la ſomme d'argent, il doit être réputé contrat de vente; car la ſomme d'argent eſt ce qui prédomine. L'héritage eſt aliéné principalement pour une ſomme d'argent, & par conſéquent ce genre d'aliénation eſt une aliénation à prix d'argent, & une vente : l'autre héritage qui eſt donné avec la ſomme d'argent, n'eſt que comme un acceſſoire du prix qui conſiſte principalement en une ſomme d'argent, ce qui n'empêche pas que le contrat ne ſoit entiérement & véritablement contrat de vente; *Arg.* L. 6, §. 1, *de act. empt.*

A l'égard de l'objection tirée de ce que, ſuivant la maxime, *nemo invitùs vendere cogitur*, celui ſur qui on exerce le retrait ne doit pas recevoir malgré lui de l'argent pour ſon héritage, qu'il n'a pas voulu vendre, & qu'il n'a voulu aliéner qu'autant qu'il auroit un autre héritage à la place : elle eſt plus ſpécieuſe que ſolide. L'acheteur a dû ſçavoir que le contrat par lequel il acquéroit, étant un contrat dans lequel la nature de vente prédomine, étoit ſujet au retrait. Il s'eſt donc ſoumis à ſouffrir le retrait. Il a pareillement dû ſçavoir & pu prévoir, lorſqu'il a fait l'acquiſition, qu'en cas de retrait il ne ſeroit pas au pouvoir du retrayant de lui rendre l'héritage qu'il a donné pour celui qu'on lui retire; & qu'un retrayant n'étant obligé d'indemniſer l'acquéreur que de la maniere dont il eſt poſſible de le faire, le retrayant ne ſeroit pas obligé, en cas de retrait, de lui rendre cet héritage en nature, mais ſeulement de lui en rendre le prix; s'étant ſoumis en acquérant à ſouffrir le retrait, il s'eſt ſoumis à l'exécution du retrait, & par conſéquent à recevoir le prix de ſon héritage que le requérant lui donnera. On ne peut pas dire qu'il vend malgré lui ſon héritage, que c'eſt malgré lui qu'il en reçoit le prix, puiſqu'il s'eſt ſoumis à cela en acquérant.

On peut encore ajouter en faveur de cette opinion, qu'elle évite les diſcuſ-

ſions & l'embarras du partage qui eſt à faire dans la premiere opinion entre le retrayant & l'acquéreur, & retranche les procès auxquels la premiere opinion pourroit ſouvent donner lieu.

Cette derniere opinion, qui en cas de ſoulte, excédant la moitié de la valeur de l'héritage, admet le retrait pour le tout, me paroît préférable à celle embraſſée par la Coutume de Paris, qui ne l'admet qu'à proportion de la ſoulte, & devoir par conſéquent être ſuivie dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. C'étoit l'avis de M. le Camus, en ſes Obſervations ſur le Titre des Retraits. Il penſoit que la Coutume de Paris avoit à cet égard beſoin de réformation : c'étoit l'avis de M. de Lamoignon, *art.* 18 de ſes Arrêtés. Néanmoins il faut avouer que la queſtion ſouffre difficulté.

93. Dans les Coutumes qui n'accordent le retrait qu'au prorata de la ſoulte, il n'eſt pas douteux qu'il n'y a que la famille de celui qui a aliéné l'héritage pour lequel il a reçu une ſoulte, qui ait le droit de retrait ; & que la famille de l'autre contractant n'a pas le droit de retrait de l'héritage qu'il a aliéné, n'ayant reçu aucuns deniers pour cet héritage, & en ayant au contraire donné.

Dans les Coutumes qui regardent le contrat comme étant entiérement contrat de vente, & qui admettent au retrait pour le tout la famille de celui qui a reçu la ſoulte ; il y a plus de difficulté ſur la queſtion de ſçavoir ſi la famille de l'autre contractant doit auſſi être admiſe au retrait du ſien ? Coquille, ſur l'article 40 du Titre des Fiefs de la Coutume du Nivernois, tient la négative. Il eſt ſuivi par le nouveau Commentateur de la Coutume de la Rochelle. La Coutume de Poitou, *art.* 355, ſemble avoir ſuivi cette opinion ; car elle dit, *ledit contrat ſera cenſé contrat de vente, & le lignager de celui qui a reçu l'argent, reçu au retrait.* En accordant le retrait à la famille *de celui qui a reçu l'argent*, il ſemble qu'elle le dénie tacitement à la famille de l'autre contractant, ſuivant les maximes *Qui dicit de uno, negat de altero ; Incluſio unius eſt excluſio alterius.* La raiſon pour cette opinion eſt, que ce contractant n'ayant pas reçu d'argent, on ne peut pas dire que le contrat vis-à-vis de lui ſoit un contrat d'aliénation à prix d'argent, ni par conſéquent un contrat de vente qui puiſſe donner lieu au retrait.

Notre Coutume d'Orléans a embraſſé l'opinion contraire. Elle décide, *art.* 384, qu'en cas d'échange fait avec une ſoulte en argent, qui excede la moitié de la valeur de l'un des héritages, l'un & l'autre héritage ſont ſujets au retrait. Par exemple, ſi j'ai échangé avec vous mon héritage de la valeur de douze mille livres, contre le vôtre de la valeur de trois mille livres, avec un retour de neuf mille livres en deniers, elle veut que votre famille ait le droit de retirer ſur moi l'héritage de trois mille livres, en me rendant trois mille livres & les loyaux-coûts ; de même que la mienne a droit de retirer ſur vous l'héritage de douze mille livres, en vous rendant douze mille livres. La raiſon ſur laquelle elle ſe fonde, eſt qu'un ſeul & même contrat ne doit avoir qu'une ſeule & même nature qui ſe regle par ce qui y prédomine. Il repugne qu'il ſoit contrat de vente par rapport à l'un des contractans, & contrat d'échange par rapport à l'autre. Lorſque la ſoulte en deniers excede la moitié de la valeur de l'un des héritages, comme dans l'eſpece ci-deſſus pro-

poſée, le contrat doit, ſuivant ce qui y prédomine, être réputé contrat de vente. On doit préſumer que l'intention des parties a été, ſçavoir de ma part, de vous vendre l'héritage de douze mille livres, & de votre part de l'acheter; & que c'eſt en paiement de la ſomme de trois mille livres qui vous manquoit pour achever le paiement du prix de l'héritage que je vous ai vendu, que vous m'avez donné le vôtre. Il doit par conſéquent être ſujet à retrait; car tous conviennent que ce qui eſt donné en paiement y eſt ſujet. Ceci répond à l'argument employé ci-deſſus pour la premiere opinion, qui conſiſte à dire, que n'ayant reçu aucuns deniers pour votre héritage de trois mille livres, l'aliénation que vous en avez faite n'eſt pas une aliénation à prix d'argent, & ne peut par conſéquent paſſer pour une vente, ni être ſujette au retrait; car la réponſe eſt que vous avez reçu pour le prix de votre héritage de trois mille livres, la libération de pareille ſomme de trois mille livres qui vous reſtoit à payer pour le prix de la vente que je vous ai faite de mon héritage de douze mille livres, laquelle libération eſt quelque choſe d'équipollent à deniers. Cette opinion que notre Coutume a embraſſée, me paroît préférable à la premiere, & plus conſéquente au principe des Coutumes qui réputent contrat de vente en entier le contrat d'échange dans lequel la ſoulte en deniers ou choſes mobiliaires, excede la valeur de la moitié de l'un des héritages.

94. Lorſque les parties contractantes ont déguiſé ſous la fauſſe apparence d'un contrat d'échange un contrat de vente, & que la fraude eſt découverte, le contrat donne lieu au retrait.

C'eſt pourquoi ſi les lignagers juſtifioient qu'il y a eu convention que celui qui a acquis l'héritage propre de leur parent, racheteroit pour une certaine ſomme celui qu'il lui a donné en contre-échange, le contrat étant moins en ce cas échange qu'un contrat de vente déguiſé ſous la fauſſe apparence d'échange, donneroit lieu au retrait. Cette convention peut ſe prouver non-ſeulement par le rapport de la contre-lettre qui la contient, mais même par témoins; car c'eſt une fraude faite aux lignagers, au pouvoir deſquels il n'a pas été de s'en procurer une preuve par écrit; *Traité des Obligations*, *n.* 810.

Les lignagers peuvent auſſi être admis à déférer le ſerment à l'acquéreur ſur le fait de cette convention qu'ils prétendent être intervenue, & dont ils n'ont pas la preuve. Pluſieurs Coutumes, comme Bourgogne, Nivernois, *&c.* en ont des diſpoſitions.

Il y a un cas où il n'eſt pas beſoin de juſtifier cette fraude, & où elle ſe préſume: c'eſt lorſque l'héritage donné par l'acquéreur en contre-échange, lui a été revendu dans l'an du contrat. Orléans, *art.* 386, & pluſieurs autres Coutumes en ont des diſpoſitions, qui étant fondées en grande raiſon, doivent avoir lieu dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées.

95. C'eſt auſſi une préſomption de fraude, lorſque celui qui a acquis par échange l'héritage, eſt demeuré en poſſeſſion de celui qu'il avoit donné en contre échange. C'eſt l'avis de Tiraqueau, de Lalande, *&c.* Bourbonnois, *art.* 459, en a une diſpoſition, elle dit: » Contrat de permutation eſt pré-» ſumé ſimulé, ſi le permutant eſt trouvé ſaiſi, poſſeſſeur & détenteur de la » choſe qu'il auroit donnée par permutation dedans l'an après ledit contrat. »

96. L'échange doit paſſer pour frauduleux & pour être une vente déguiſée, ſoit que vous vous ſoyez obligé de racheter vous-même pour une certaine ſomme d'argent l'héritage ou la rente que vous m'avez donné en contre-échange, ſoit que vous vous ſoyez obligé de les faire racheter par d'autres. La Coutume d'Anjou, *art.* 354, en a une diſpoſition : elle dit qu'il y a fraude ſi l'acheteur promet acheter ou *faire* acheter le contre-échange, en bailler ou faire bailler deniers, en maniere que par le moyen d'icelle promeſſe, le contre-échange ne demeurât ès mains de celui à qui il a été baillé. Néanmoins Lalande cite un Arrêt qui a jugé que l'héritage échangé contre une rente ne donnoit pas lieu au retrait, quoique par le contrat l'acquéreur de l'héritage ſe fût obligé de faire racheter la rente par un tiers. Mais je ne puis approuver la déciſion de cet Arrêt, étant évident que celui qui échange avec cette paction, dans la vérité a intention de vendre & non d'échanger, & n'a pris cette tournure que pour déguiſer le contrat de vente.

97. Le contrat d'échange d'un héritage contre une rente, n'en eſt pas moins un vrai contrat d'échange, & ne donne pas lieu au retrait, quoique l'acquéreur de l'héritage s'oblige de fournir & faire valoir la rente qu'il donne en contre-échange.

98. Lorſque j'échange mon héritage contre le vôtre, ſous la condition que vous pourrez racheter le vôtre pour une certaine ſomme, y a-t-il lieu au retrait de mon héritage que je vous ai échangé ſous cette clauſe? Peut-on tirer argument du bail à rente qui donne lieu au retrait, lorſque par le bail, la faculté eſt accordée à l'acquéreur de racheter la rente? Les eſpeces ſont très-différentes. Lorſque je donne mon héritage à rente, je ne reçois rien à la place, mais je m'y retiens un droit de rente. Le bail & le rachat de la rente qui eſt fait en vertu d'une clauſe du bail, & en eſt par conſéquent l'exécution, ſont deux actes qui compoſent enſemble l'aliénation de mon héritage pour la ſomme d'argent que je reçois pour le rachat de la rente. Au contraire lorſque j'échange mon héritage contre le vôtre, ſous la condition que vous pourrez racheter le vôtre, j'aliene par cet échange tout le droit que j'avois dans mon héritage, & je l'aliene, non à prix d'argent, mais pour l'héritage que je reçois de vous en contre-échange. La ſomme d'argent que je reçois depuis, lors du rachat de votre héritage, je ne la reçois pas pour mon héritage que je vous ai échangé, puiſque je n'y avois retenu aucun droit, mais je la reçois pour le rachat du vôtre. Il faut néanmoins convenir qu'il y a quelque raiſon pour ſoutenir qu'il peut y avoir lieu au retrait de mon héritage, non lors du contrat d'échange, mais lors du rachat que vous me faites de votre héritage en exécution de la clauſe du contrat. Cette raiſon eſt que le rachat que vous faites de votre héritage, ſe faiſant en exécution d'une clauſe du contrat d'échange, vous rentrez dans votre héritage, plutôt que vous ne l'acquérez de nouveau. Le rachat que vous en faites, n'eſt pas un nouveau titre d'acquiſition, mais c'eſt la réſolution de l'aliénation que vous en aviez faite, & de l'échange que vous en aviez fait contre le mien. Cette ſomme que vous me donnez pour ce rachat, eſt une ſomme que vous me donnez à la place de votre héritage pour le prix du mien : l'échange que j'ai fait de mon héritage contre le vôtre, ſe convertit donc par ce rachat que vous faites du

vôtre en exécution de notre contrat, en une véritable aliénation à prix d'argent, qui doit donner lieu au retrait dans l'année du jour de l'insinuation de l'acte de rachat qui a opéré cette conversion de l'échange en une aliénation à prix d'argent. Je n'oserois pas néanmoins assurer cette décision, n'étant pas fondé en autorité, & ne me souvenant pas d'avoir vu nulle part cette question traitée.

§. II.

Du Bail à rente non rachetable.

99. Le bail à rente non rachetable est aussi un contrat qui n'est pas équipollent à vente.

Il en est tout différent : le prix en argent qu'un acheteur s'obligé de payer, fait le caractere du contrat de vente ; au contraire, par le bail à rente il n'y a pas proprement de prix : la rente que le preneur s'oblige de payer pour l'héritage, est un droit que le bailleur retient dans l'héritage ; c'est une charge de l'héritage, plutôt qu'une dette de la personne du preneur.

Par ces raisons, la plupart des Coutumes décident que le bail à rente non-rachetable ne donne pas lieu au retrait.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 188, en a une disposition. Celle de Paris, en déclarant, *art.* 137, le bail à rente *rachetable* sujet au retrait, fait assez entendre que le bail à rente, fait sans cette faculté, n'y est pas sujet.

100. Le bail à rente n'étant exempt du retrait qu'autant qu'il est bail à rente non-rachetable ; quoique le bail n'exprime aucune faculté de racheter, si les lignagers peuvent justifier, ou par écrit, ou même par témoins, que cette faculté a été accordée par une clause secrete, le bail donnera lieu au retrait ; ils peuvent même, sur la vérité de ce fait, déférer le serment à l'acquéreur.

101. Lorsque le rachat de la rente a été fait dans l'an du bail, le bail est réputé frauduleux, & en conséquence donne lieu au retrait. La Coutume de Sedan, *art.* 227, en a une disposition ; elle dit : « Sont retrayables les héritages baillés à rente, si la rente est rachetée dans l'an, parce qu'en ce cas ils » sont réputés baillés à rente rachetable, encore que cela ne soit porté par le » contrat. »

Quelques autres Coutumes disent aussi qu'en ce cas il doit y avoir lieu au retrait de l'héritage & de la rente. Je pense que ces décisions, comme très-équitables, doivent être suivies dans notre Coutume d'Orléans, & qu'on peut tirer argument de ce qu'elle a décidé, *art.* 386, pour le cas de l'échange.

102. Plusieurs Coutumes exigent aussi, pour que le bail à rente non-rachetable ne donne pas lieu au retrait, qu'il n'y ait pas par le bail *bourse délivre*, qu'il n'y ait pas *argent baillé ou promis bailler* ; Melun, Sens, Châteauneuf, &c. Notre Coutume, *art.* 389, décide aussi qu'il y a lieu au retrait, « si par le bail » il y a quelque somme de deniers ou somme mobiliaire baillée, ou promise » bailler. »

Nous avons établi dans nos Notes sur cet article qu'il falloit pour cela, au moins dans notre Coutume, que cette somme excédât la moitié de la valeur de l'héritage.

§. III.

Du Contrat de ſociété, & de l'ameubliſſement.

103. Le contrat de ſociété eſt un contrat qui n'eſt ni équipollent ni reſſemblant au contrat de vente. C'eſt pourquoi lorſque j'ai contracté une ſociété de biens avec un étranger, dans laquelle j'ai fait entrer un héritage propre, & que depuis par le partage qui ſe fait des biens de la ſociété, cet héritage eſt tombé au lot de mon aſſocié; quoique ce contrat de ſociété & le partage dont il a été ſuivi, renferme de ma part une aliénation que j'ai faite de mon héritage propre hors de ma famille, il n'y aura pas ouverture au retrait lignager; parce que le contrat de ſociété qui eſt le titre de cette aliénation, n'eſt pas un contrat équipollent à vente.

Suivant ce principe, il me ſemble qu'on doit décider que lorſque l'un des conjoints par mariage a ameubli ſes héritages propres, ſes lignagers ne peuvent exercer le retrait lignager ſur l'autre conjoint, au lot duquel leſdits héritages ſeroient tombés dans le partage de la communauté. En vain oppoſe-t-on que l'héritage ameubli par l'un des conjoints conſerve toujours, nonobſtant l'ameubliſſement, ſa qualité de propre. Je réponds : cela eſt vrai, juſqu'à ce qu'il ſoit paſſé à l'autre conjoint par le partage de communauté; mais en ce cas il perd ſa qualité de propre: le titre en vertu duquel l'autre conjoint en devient propriétaire, eſt la convention d'ameubliſſement; convention qui fait partie d'un contrat de ſociété, & ne peut donner ouverture au retrait, parce que le contrat de ſociété n'eſt pas un contrat reſſemblant & équipollent au contrat de vente.

§. IV.

De la donation.

104. Il eſt évident que la donation n'eſt pas un acte équipollent à vente, rien ne pouvant y être plus oppoſé; ainſi elle ne donne pas lieu au retrait. Il y a encore d'autres raiſons. Le retrait étant le droit de prendre le marché d'un autre, la donation qui n'eſt pas un marché, n'en peut être ſuſceptible; d'ailleurs la liberté naturelle que chacun doit avoir de diſpoſer comme bon lui ſemble de ſa choſe, recevroit une très-grande atteinte, ſi le retrait étoit accordé contre la donation, le donateur ayant voulu faire paſſer ſa choſe à la perſonne du donataire par une conſidération perſonnelle pour lui; au-lieu que dans le contrat de vente le vendeur eſt préſumé n'avoir d'autre intention que d'avoir le prix qu'il s'eſt propoſé d'avoir; il n'y entre aucune conſidération perſonnelle pour la perſonne de l'acheteur: pourvu que le vendeur ait ce prix, il ne lui importe pas que ce ſoit à l'acheteur ou au lignager que ſon héritage paſſe; il doit même être plus content qu'il paſſe au lignager, & reſte dans ſa famille.

105. Pour que la donation ne donne pas lieu au retrait, il faut de même que pour l'échange & le bail à rente, que l'acte de donation ne ſoit pas tellement mêlé de vente que la nature de la vente y prédomine; ce qui arrive lorſque la donation eſt faite pour récompenſe de ſervices ou à des charges, & que

ces

ces ſervices & ces charges ſont appréciables à une ſomme d'argent qui excede la moitié de la valeur de l'héritage qui fait l'objet de la donation. C'eſt en ce ſens que notre Coutume d'Orléans, *art.* 387, dit: *en donation pure & ſimple, n'y a retrait.*

106. Il n'y a que ces donations que la Coutume entend exclure de ſa diſpoſition, par ces termes, *pure & ſimple.* Une donation, quoique faite pour récompenſe de ſervices ou à des charges, n'eſt pas pour cela ſujette à retrait, lorſque les ſervices ou les charges ne ſont pas appréciables à prix d'argent, ou lorſque la ſomme à laquelle ils ſont appréciables n'excede pas la moitié de la valeur de l'héritage.

107. Une donation d'héritages, quoique mutuelle, faite au ſurvivant des deux donateurs, n'eſt pas non plus ſujette au retrait.

Mais ſi le donataire d'un héritage, fait dans le même temps, de ſon côté, au donateur donation d'une ſomme d'argent, ou de choſes mobiliaires excédant la moitié de la valeur de l'héritage donné, la préſomption eſt que ces deux donations ne ſont faites que pour déguiſer la vente de l'héritage pour ladite ſomme d'argent ou leſdites choſes mobiliaires; c'eſt pourquoi il doit y avoir lieu en ce cas au retrait.

108. Obſervez que la regle que nous avons établie, que dans les contrats mixtes, on s'attache, pour juger de la nature de l'acte, moins au nom qu'on a donné à l'acte, qu'à ce qui y prédomine, eſt une regle qui a lieu lorſqu'on a donné à l'acte le nom d'un contrat non ſujet au retrait, comme d'échange, de bail à rente ou de donation. Cette regle eſt néceſſaire dans ces cas pour empêcher les fraudes qu'on pourroit commettre contre le droit des lignagers, en traveſtiſſant un contrat de vente ſous le nom de ces contrats. Mais cette regle n'a pas lieu dans le cas inverſe, lorſqu'on a vendu un héritage pour une certaine ſomme, & que par le contrat on a fait remiſe à l'acheteur de la plus grande partie de cette ſomme: quoique la nature de la donation paroiſſe prédominer dans ce contrat, on s'en tient au nom qu'on a donné à l'acte, & il y a lieu au retrait. La raiſon de différence eſt qu'en ce cas il n'y a aucune fraude à craindre: il y a lieu de croire que celui qui a diſpoſé de cette maniere, a voulu diſpoſer par vente, à deſſein de conſerver le droit de retrait lignager à ſa famille; en quoi il ne commet aucune fraude, étant le maître de faire de telle maniere & à telle charge que bon lui ſemble, l'avantage qu'il veut faire par cet acte à l'acquéreur.

Sur la queſtion, ſi le retrayant doit en ce cas payer à l'acheteur tout le prix, même pour la part dont on lui a fait remiſe, *Voyez infrà, ch. 9.*

109. Si le contrat, qualifié de contrat de vente, portoit une remiſe entiere du prix, il eſt évident en ce cas, que ce contrat ſeroit une vraie donation, & ne ſeroit point un contrat de vente; car il eſt de l'eſſence de la vente qu'il y ait un prix que l'acheteur s'oblige de payer: c'eſt pourquoi l'acte ne pourroit donner ouverture au retrait.

Il en ſeroit autrement ſi ce n'étoit pas par l'acte même, mais *ex intervallo*, que la remiſe du prix eut été faite. Cela n'empêcheroit pas le retrait; car il ſuffit pour qu'il y ait eu contrat de vente & ouverture au retrait, qu'il y ait eu une

obligation de payer le prix, quoiqu'elle ait été depuis éteinte par la remiſe que le vendeur en a bien voulu faire.

§. V.

De la tranſaction.

110. On a demandé ſi la tranſaction par laquelle l'une des parties qui ſe diſputoient la propriété d'un héritage, laiſſe l'héritage à l'autre, moyennant une certaine ſomme qu'il reçoit d'elle, étoit un acte équipollent à vente qui donnât lieu au retrait lignager? Quelques Docteurs ont penſé que la tranſaction n'y donne pas lieu, lorſque l'héritage demeure à celui qui en étoit déja en poſſeſſion; mais qu'elle y donne lieu lorſque par la tranſaction le poſſeſſeur de l'héritage le cede à l'autre partie, moyennant une certaine ſomme d'argent qu'il reçoit d'elle. La Coutume d'Anjou, *art.* 361, a embraſſé ce ſentiment. Quelques autres Coutumes, comme le Maine, *art.* 370; Clermont, 29, ont embraſſé l'opinion contraire qui me paroît favorable; & elles décident indiſtinctement que la tranſaction ne donne pas lieu au retrait, s'il n'y a fraude.

La raiſon eſt, que la tranſaction étant par ſa nature *de re incertâ & dubiâ*, il demeure incertain ſi la partie, qui par la tranſaction, délaiſſe l'héritage à l'autre, moyennant une ſomme d'argent qu'elle a reçue d'elle, en étoit propriétaire, plutôt que la partie à qui elle l'a délaiſſé; & par conſéquent il eſt incertain ſi cette tranſaction renferme une aliénation qui puiſſe donner lieu au retrait. C'eſt le raiſonnement qu'emploie Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 33, *gl.* 1, *n.* 64 & 67, ſur la queſtion de ſçavoir ſi la tranſaction donne ouverture aux droits ſeigneuriaux, queſtion qui eſt ſemblable à celle-ci.

111. Les Coutumes qui diſent que la tranſaction ne donne pas lieu au retrait, ajoutent, *s'il n'y a fraude*, c'eſt-à-dire, ſi ce n'eſt pas pour déguiſer une vente que le propriétaire de l'héritage vouloit faire, qu'on a feint une conteſtation ſur la propriété de l'héritage entre les parties, & une tranſaction ſur cette conteſtation. Cette fraude ſe préſume lorſque la partie à qui l'héritage demeure, ou eſt délaiſſé par l'acte qualifié de tranſaction, donne une ſomme équivalente à-peu-près à la valeur de l'héritage. La Coutume du Maine en l'*art.* ci-deſſus cité, en a une diſpoſition.

§. VI.

De la licitation entre les copropriétaires.

112. Lorſqu'un héritage appartient en commun, & en vertu d'un titre commun à deux propriétaires de différente famille; comme lorſqu'un héritage acquis durant la communauté d'un mari & d'une femme, ſe trouve commun entre l'héritier du mari & celui de la femme, la licitation par laquelle l'un d'eux ſe rend adjudicataire du total, ne donne pas ouverture au retrait lignager de la portion de ſon copropriétaire. La raiſon eſt, qu'un tel acte tient lieu du partage qui étoit à faire entre ces copropriétaires, & par conſéquent ce n'eſt pas vente; ce licitant adjudicataire n'eſt pas cenſé acquérir quelque choſe de ſon copropriétaire.

La Juriſprudence ayant décidé que la vente faite par un des copropriétaires, de ſa portion à l'autre copropriétaire, ne paſſoit pas pour une véritable vente, mais étoit réputée acte tenant lieu de partage, de même que la licitation, & qu'il ne donnoit en conſéquence aucune ouverture aux droits ſeigneuriaux: c'eſt une conſéquence qu'elle ne doit pas non plus donner lieu au retrait.

Le principe que nous venons d'établir, que les licitations ne donnent pas lieu au retrait, lorſque l'un des licitans eſt adjudicataire, a lieu, même dans la Coutume de Paris, quoiqu'elle paroiſſe décider formellement le contraire en l'article 154, où elle dit: *portion d'héritage vendue par licitation qui ne ſe peut bailler à devis, eſt ſujette à retrait.* M. Le Camus en ſes obſervations ſur cet article, a penſé qu'il s'étoit gliſſé une erreur dans le texte, & qu'il falloit *n'eſt* au lieu de *eſt.* Il tire argument de ce que dans la Coutume de Calais, preſqu'entiérement copiée ſur celle de Paris, cet article ſe trouve en l'article 163, avec la négation. Les Commentateurs de la Coutume de Paris, en conſervant le texte, y ont donné différentes interprétations. Celle qui paroît la plus plauſible eſt celle de Guérin, adoptée par Lemaître. Il penſe que dans l'eſpece de cet article, on doit ſuppoſer les encheres étrangeres admiſes, l'adjudication faite à un tiers étranger, & qu'il n'y avoit que la portion de l'un des licitans qui fût propre. On avoit douté ſi les parens de ce licitant devoient être admis au retrait de cette portion contre l'adjudicataire. La raiſon pour les en exclure, étoit qu'en les y admettant, on donnoit lieu à une nouvelle licitation; qu'il y avoit d'autant plus de raiſon d'éviter cet embarras, & de les en exclure, qu'ils devoient s'imputer de n'avoir pas enchéri, n'ayant tenu qu'à eux. Nonobſtant ces raiſons, l'article décide qu'il y a lieu au retrait. Quel que puiſſe être le ſens de cet article, tous conviennent qu'il ne doit pas être entendu en ce ſens, qu'il puiſſe y avoir lieu au retrait, lorſque l'un des licitans eſt adjudicataire; & on rapporte un Arrêt de 1654, qui l'a jugé dans la Coutume de Paris.

113. Cette déciſion a lieu lorſque la licitation ſe fait entre parties qui ſont copropriétaires en vertu d'un titre commun. A-t-elle pareillement lieu, lorſqu'elle ſe fait avec un tiers acquéreur qui a acquis la part de l'un des copropriétaires, & que ce tiers eſt adjudicataire? Pour bien faire entendre cette queſtion, faiſons deux ſuppoſitions. Suppoſons, 1°. qu'un mari & une femme aient acquis en communauté un héritage; qu'après la mort de l'un & de l'autre, cet héritage ſoit licité entre les héritiers du mari & ceux de la femme, & que l'un des héritiers de la femme ſoit adjudicataire. On convient que cette adjudication ne donne pas à la famille du mari, le droit de retrait de la portion du mari dans cet héritage. Suppoſons en ſecond lieu, que la licitation ſe fait entre les héritiers du mari, & un tiers qui a acquis à titre ſingulier les droits ſucceſſifs de l'un des héritiers de la femme, & que ce tiers ſe rende adjudicataire de l'héritage entier; la famille du mari ſera-t-elle mieux fondée que dans l'eſpece précédente, à prétendre le droit de retrait lignager? La raiſon de douter eſt, qu'il ſemble que cette ſeconde eſpece eſt différente de la premiere. On décide dans cette ſeconde eſpece que l'adjudication donne lieu au profit de lods & ventes, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans l'eſpece précédente; d'où il ſemble qu'on pourroit conclure que dans cette eſpece l'adjudication devroit donner lieu au retrait lignager, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans la préce-

dente. Néanmoins il faut décider que ni dans l'une ni dans l'autre eſpece, il n'y a lieu au retrait lignager au profit de la famille du mari. La raiſon eſt que ni dans l'une ni dans l'autre eſpece la licitation ne peut paſſer pour une véritable vente que les héritiers du mari faſſent de leur portion. Si dans la ſeconde eſpece il y a lieu au profit de lods & ventes pour les portions que ce tiers acquiert par la licitation, ce n'eſt pas qu'il acquiere ces parts des héritiers du mari, & que la licitation ſoit un vrai titre d'acquiſition; mais c'eſt par une raiſon particuliere: ſçavoir, que la part que ce tiers a acquiſe de l'un des héritiers de la femme, qui juſqu'à la licitation n'étoit qu'une part indéterminée de l'héritage, eſt déterminée par la licitation du total de l'héritage; & par conſéquent la vente de cette part, qui, avant la licitation, n'étoit que la vente d'une part indéterminée, & ne donnoit ouverture au profit que pour une part, devient par la licitation, la vente du total de l'héritage, & doit par conſéquent donner ouverture à un profit entier, qui eſt dû au Seigneur, ſous la déduction de ce qu'il a déja reçu lors de la vente de cette part.

§. VII.

Des actes qui contiennent la réſolution d'une vente, plutôt qu'une vente.

114 Les actes qui contiennent la réſolution d'une vente plutôt qu'une nouvelle vente, ne doivent pas non plus donner lieu au retrait, de même qu'ils ne donnent pas lieu aux droits ſeigneuriaux. Par exemple, ſi mon pere étant mort avant que de payer le prix d'un héritage qu'il avoit acheté, j'ai convention avec le vendeur qu'il rentrera dans ſon héritage & qu'il me tiendra quitte du prix, mes parens ne pourront prétendre droit de retrait lignager contre ce vendeur, cet acte n'étant pas une nouvelle vente que je lui en ai faite, mais une ſimple réſolution de celle qu'il avoit faite à mon pere; *Voyez l'art.* 112 *de la Coutume d'Orléans, & l'explication que nous en avons donnée en notre Introduction au Titre des Fiefs, n.* 131 *& ſuiv.*

115. Par la même raiſon, ſi mon pere avoit acheté un héritage ſous faculté de réméré portée par le contrat de vente, le réméré qu'on exerceroit ſur moi, ne donneroit pas à mes parens droit de retrait lignager contre le vendeur ou autre ayant ſes droits, qui exerceroit le réméré; car ce réméré que je ſouffre n'eſt pas une nouvelle vente que je fais de cet héritage, mais l'exécution d'une clauſe réſolutoire portée au contrat de vente qui m'en avoit été faite; *Voyez l'art.* 12 *de la Coutume d'Orléans & nos notes.*

Il en ſeroit autrement, ſi mon pere ayant acheté de vous purement & ſimplement l'héritage auquel j'ai ſuccédé, je vous avois par une convention que nous avons eue enſemble, accordé le droit de rémérer; cette faculté que je vous ai accordée, & l'exercice que vous faites de cette faculté, ne peuvent paſſer pour une ſimple réſolution de la vente que vous aviez faite à mon pere: c'eſt une véritable vente que je vous fais d'un héritage propre, laquelle donne lieu au retrait.

Il y auroit plus de difficulté, ſi c'étoit mon pere qui, par une convention

poſtérieure au contrat, vous eût accordé la faculté de réméré; & que ce fût ſur moi, devenu ſon héritier, que le réméré fût exercé. Il ſemble qu'en ce cas vous pourriez oppoſer contre l'action en retrait de mes lignagers, que le réméré vous a été accordé dans un temps auquel l'héritage étoit un acquêt de mon pere, & n'étoit pas encore ſujet au retrait; que mon pere a pu en conſéquence vous accorder une faculté de rémérer cet héritage qui ne fût pas ſujette au retrait, & que l'héritage m'ayant paſſé avec cette charge, vous pouviez exercer contre moi le réméré ſans être ſujet au retrait. Il faut nonobſtant ces raiſons, décider que vous êtes ſujet au retrait lignager. La faculté de réméré qui vous a été accordée par la convention intervenue entre mon pere & vous depuis le contrat, n'étoit pas encore la vente de l'héritage; ce n'étoit qu'une promeſſe de vous le vendre, ſi vous vouliez l'acherer; la vente ne s'eſt faite que lors de l'exercice du réméré, & dans un temps où l'héritage étoit devenu propre paternel; la qualité de propre qu'il a lors de la vente, le rend ſujet au retrait. Vous ne pouvez prétendre que l'héritage ne m'a paſſé qu'à la charge du réméré, car il n'a jamais été affecté à cette charge. Il le ſeroit ſans doute, ſi la faculté eût été accordée par le contrat de vente, parce qu'elle ſeroit en ce cas une condition de l'aliénation; mais lorſqu'elle eſt accordée par une convention poſtérieure à l'aliénation, elle ne peut produire qu'une ſimple action perſonnelle: car on ne peut par de ſimples conventions, *nudis conventionibus* acquérir aucun droit d'affectation, ni aucun autre droit dans une choſe.

116. Lorſqu'une rente fonciere créée ſous faculté de rachat, eſt rachetée par le débiteur en vertu de cette faculté, ce rachat n'eſt qu'une réſolution & extinction de cette rente, faite en exécution d'une clauſe ſous laquelle elle avoit été créée, qui ne donne pas par conſéquent ouverture au retrait lignager.

Il y a plus de difficulté, lorſque le créancier d'une rente fonciere non-rachetable, en reçoit volontairement du débiteur le rachat. Il ſemble que, même en ce cas, il ne doit pas y avoir lieu au retrait. 1°. Cet acte étoit plutôt une libération de l'héritage qui étoit chargé de cette rente, qu'une acquiſition de cette rente. 2°. Par ce rachat la rente eſt éteinte, & on ne peut pas exercer le retrait de ce qui n'exiſte plus. Nonobſtant ces raiſons, Dumoulin §. 20, *gl.* 5, *q.* 15, *n* 58, décide qu'il y a lieu au retrait féodal, & il y a même raiſon de le décider pour le retrait lignager. La raiſon eſt, que la rente n'étant pas rachetable, le rachat que le créancier permet au débiteur de faire, eſt une véritable vente volontaire qu'il lui fait de cette rente, ſemblable à celle qu'il feroit des tiers, & qui doit donner ouverture au rachat. A l'égard des objections, on oppoſe que le rachat eſt une libération plutôt qu'une acquiſition. Je réponds en niant le principe: le débiteur par ce rachat que le créancier lui permet de faire, acquiert véritablement la rente; il acquiert un plus grand droit dans l'héritage que celui qu'il avoit, puiſqu'il n'en étoit propriétaire que ſous la déduction de la rente dont cet héritage étoit chargé, & qu'il acquiert ce qui manquoit à la plénitude de ſa propriété: la libération de l'héritage & l'extinction de la rente ne ſont que des effets qu'auroient l'achat & l'acquiſition que ce débiteur a faits de la rente, ſi cet achat & cette acquiſition ſubſiſtoient perpétuellement en ſa perſonne; mais cet achat & cette acquiſition n'étant que

momentanés, au moyen du retrait ſoit féodal, ſoit lignager, qui fait paſſer l'achat de cette rente en la perſonne du retrayant, ils ne peuvent opérer une libération & une extinction perpétuelle de la rente; une cauſe momentanée ne pouvant produire qu'un effet momentané. L'héritage n'eſt donc par ce rachat libéré de la rente que tant que l'achat de cette rente ſubſiſte en la perſonne du débiteur propriétaire de l'héritage qui l'a rachetée, c'eſt-à-dire, juſqu'au temps du retrait: la rente eſt juſqu'à ce temps plutôt ſuſpendue qu'éteinte: ce qui ſert de réponſe à la ſeconde objection.

On m'a fait cette objection: le rachat volontaire de la rente fonciere que le propriétaire de cette rente a permis qu'on lui fît, éteint, par l'extinction de la rente que ce rachat opere, les hypotheques des créanciers du propriétaire de cette rente; donc il doit pareillement éteindre le droit de retrait de ſes lignagers. Je réponds qu'il n'y a pas même raiſon. Le droit de retrait conſiſte, comme nous l'avons dit, à faire paſſer en la perſonne du retrayant, l'achat de l'acquiſition de la rente qu'avoit faite le débiteur, ce qui empêche l'extinction de la rente. Il n'en eſt pas de même du droit d'hypotheque des créanciers: ce droit n'empêche pas que l'achat que fait un tiers d'une choſe hypothéquée ne ſubſiſte en ſa perſonne: les créanciers ont ſeulement le droit d'exercer leurs hypotheques ſur cette choſe tant qu'elle ſubſiſte; mais lorſque la choſe qui leur a été hypothéquée, eſt une rente qui leur a été rachetée par le débiteur, cette rente ayant été éteinte par l'achat qu'en a fait le débiteur qui ſubſiſte en ſa perſonne, les créanciers n'ont plus d'hypotheque ſur une choſe qui n'exiſte plus.

Si la rente rachetée par le débiteur, avoit été retirée ſur lui par retrait lignager, l'achat de cette rente ne ſubſiſtant pas en ce cas en la perſonne de ce débiteur, & ne s'étant fait par conſéquent aucune confuſion ni extinction de la rente, les hypotheques ſubſiſteroient, & pourroient être exercées contre le lignager qui en a exercé le retrait.

§. VIII.

Des ventes nulles & des ventes ſimulées.

117. Les Docteurs ont aſſez inutilement agité la queſtion, ſi les ventes nulles & les ventes ſimulées donnoient lieu au retrait? Il eſt vrai que ces ventes en tant qu'on les conſidere comme nulles, ou comme ſimulées, ne peuvent donner lieu au retrait, puiſqu'elles ne ſont pas de véritables ventes; mais l'acheteur n'étant pas recevable à oppoſer lui-même la nullité ou la ſimulation de ſon titre d'acquiſition, ne peut éviter de délaiſſer l'héritage ſur la demande en retrait des lignagers du vendeur. Ces lignagers prendront le marché tel qu'il eſt. Si c'eſt une vente nulle ou ſimulée qui ne donnoit pas à l'acheteur ſur qui ils ont exercé le retrait, aucun droit dans l'héritage, ils n'acquerront par le retrait pas plus de droit qu'en avoit l'acheteur ſur qui ils l'ont exercé, & ils ſeront ſujets aux mêmes actions auxquelles auroit été ſujet l'acheteur, de la part du vendeur ou de ſes héritiers ou ſucceſſeurs, aux fins de faire prononcer la nullité du contrat ou la ſimulation.

118. Obſervez que pour que le vendeur puiſſe juſtifier contre le lignager

la ſimulation du contrat, il faut qu'il rapporte une contre-lettre par-devant Notaire, de même date que le contrat, ou d'une date antérieure. Une contre-lettre ſous ſignature privée ne ſuffit pas; car ces actes pouvant être antidatés, ne font pas foi de leur date contre les tiers; *Voyez notre Traité des Obligations*, *n.* 749.

119. Le retrayant majeur qui a exercé le retrait pour un marché nul & ſujet à reſciſion, venant à être évincé par le vendeur de l'héritage qui l'a retiré, n'a aucun recours contre l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait. Il doit s'imputer d'avoir voulu prendre pour ſon compte le marché. Néanmoins s'il avoit été trompé par cet acheteur qui lui auroit caché le vice de ſon marché dont ledit acheteur avoit connoiſſance, il pourroit ſe faire reſtituer *ex cauſâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé, & en conſéquence faire condamner cet acheteur à lui rendre tout ce qu'il lui a payé pour la cauſe dudit retrait, ſous la déduction de ce qu'il auroit reçu du vendeur par qui il a été évincé.

Par la même raiſon, lorſque le marché eſt ſimulé, le retrayant majeur eſt reſtituable *ex cauſâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé ſur l'acheteur qui ne l'a pas averti de la ſimulation qu'il ne pouvoit ignorer.

120. Le retrayant peut auſſi par la ſeule cauſe de ſa minorité, ſe faire reſtituer contre le retrait qu'il a exercé, quoiqu'il ne ſoit intervenu aucun dol de la part de l'acheteur ſur qui il l'a exercé; Tiraqueau, *ad finem tit. n.* 51; Grimaudet, *IV*, 34, 35.

Article IV.

De quand les contrats qui ſont ſujets au retrait, y donnent-ils ouverture.

121. C'eſt une queſtion, ſi la vente faite à un étranger, donne ouverture au retrait lignager, auſſi-tôt qu'elle eſt parfaite par le conſentement des parties, quoiqu'elle n'ait pas été conſommée par la tradition? Dumoulin *in Conſuet. Par.* §. 20, *gl.* 3, *n.* 10, tient l'affirmative. La raiſon eſt que le droit de retrait lignager étant le droit qu'ont les lignagers d'être préférés aux étrangers, & de prendre leur marché, lorſqu'un héritage de leur famille eſt vendu, il ſuffit qu'il y ait un marché parfait & conclu, pour que le droit de retrait ſoit ouvert. Si l'on ne peut retirer ſur l'acheteur l'héritage même avant qu'il en ait été mis en poſſeſſion par la tradition, on peut retirer ſur lui l'action *ex empto* qu'il a pour ſe le faire délaiſſer. L'acheteur dont le lignager veut prendre le marché par le retrait qu'il exerce ſur lui, n'a aucun intérêt d'oppoſer contre la demande du lignager le défaut de tradition de l'héritage; car cela eſt indifférent à cet acheteur qui n'a d'autre intérêt que d'être indemniſé. Quant à l'objection qu'on fait que l'héritage, quoique vendu à un étranger, étant encore dans la famille juſqu'à la tradition, il ne peut y avoir encore lieu au retrait qui n'eſt établi que pour y faire rentrer les héritages qu'on en a fait ſortir. La réponſe eſt que cette objection ſuppoſe ce qui eſt en queſtion. Le retrait lignager eſt établi pour la conſervation des héritages dans les familles. Il parvient à cette fin, ſoit qu'il s'exerce après la tradition, en faiſant rentrer dans la famille l'héritage que l'exécution de la vente faite à l'étranger en avoit fait ſortir; ſoit qu'il s'exerce avant la tradition en empêchant que cette vente ne l'en faſſe ſortir.

On peut encore contre la déciſion de Dumoulin tirer argument des termes de l'art. 129 de la Coutume de Paris, *quand aucun a vendu & tranſporté*, pour ſoutenir qu'il ne ſuffit pas que l'héritage ait été vendu, & qu'il faut encore que la tradition ſoit intervenue. Dumoulin répond à cette objection, en diſant qu'il ne faut pas trop preſſer les termes des Coutumes ; que ces termes *& tranſporté* ne doivent pas être entendus d'une maniere *reſtrictive*, mais *énonciative*, parce qu'ordinairement c'eſt par la tradition qui tranſporte à l'acheteur étranger l'héritage, que la vente eſt connue & qu'elle donne lieu au retrait. La queſtion ſouffre difficulté.

122. Lorſque la vente a été contractée ſous cette condition ſuſpenſive, y a-t-il lieu au retrait avant l'accompliſſement de la condition ? On pourroit peut-être dire qu'il ſuffit qu'il y ait eu un marché, quoique fait ſous une condition, pour que le lignager doive être admis à prendre pour ſon compte ce marché tel qu'il eſt, & à la charge de la condition ſous laquelle il a été contracté. Néanmoins je penſe qu'on doit décider qu'il n'y a pas lieu au retrait juſqu'à l'accompliſſement de la condition, parce qu'il n'y a pas encore de vente, & que c'eſt la vente qui produit le retrait. C'eſt ce que décide Dumoulin ; *d.* §. 20, *gl.* 5, *n.* 23.

Lorſque la condition n'eſt que réſolutoire, la vente étant en ce cas parfaite, il n'eſt pas douteux qu'elle donne ouverture au retrait.

123. Lorſque la vente a été faite par un autre que par le propriétaire, quoique la tradition ſoit intervenue, ce n'eſt que du jour du conſentement donné à la vente par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au profit de la famille de ce propriétaire ; car ce n'eſt que par ce conſentement qu'il eſt cenſé vendre, & que l'héritage eſt mis hors de la famille.

Il en eſt autrement lorſqu'on a vendu l'héritage de quelqu'un en vertu de ſa procuration, quoiqu'on ait promis de rapporter pour plus grande ſûreté une ratification : l'action en retrait eſt ouverte par le contrat, ſans qu'il ſoit beſoin d'attendre la ratification qui eſt ſuperflue.

124. Pareillement lorſqu'un mineur a vendu ſon héritage propre, & que devenu majeur il ratifie, c'eſt du jour du contrat de vente que le retrait eſt ouvert ; car la nullité de l'aliénation des héritages des mineurs n'eſt pas une nullité abſolue, mais rélative & en faveur du mineur ſeulement. L'acte n'eſt nul que dans le cas auquel le mineur, ou ceux qui ſuccedent à ſes droits, jugeroient à propos de s'en plaindre, & d'avoir recours aux lettres de reſciſion. L'acte par lequel il ratifie en majorité, eſt un acte par lequel il renonce à s'en plaindre ; mais ce n'eſt pas par cet acte, c'eſt par la vente qu'il a faite de ſon héritage qu'il l'a mis hors de ſa famille ; & c'eſt cette vente qui donne ouverture au retrait, & non la ratification.

125. Il ſemble qu'il en doit être autrement d'une vente qu'une femme ſous puiſſance de mari auroit faite ſans être autoriſée, & qu'elle auroit ratifiée en vuiduité : l'acte qu'elle a fait étant ſous puiſſance de mari, eſt un acte abſolument nul, la ratification, qu'elle en a faite en vuidité, n'eſt pas proprement une ratification ; ce qui eſt nul, ne pouvant être confirmé ; c'eſt un vrai contrat de vente qu'elle a fait de nouveau, par lequel elle a mis ſon héritage propre hors de ſa famille. La vente qu'elle en avoit faite, lorſqu'elle

étoit

étoit ſous puiſſance de mari, ne l'en a pas fait ſortir, puiſque cette vente étant un acte abſolument nul, ne pouvoit avoir aucun effet.

126. Il y a certaines cauſes qui arrêtent l'ouverture du droit de retrait, telles que ſont, 1°. la communauté de biens en laquelle eſt l'acquéreur étranger conjoint par mariage avec une perſonne lignagere, tant que cette communauté dure: 2°. Les enfans lignagers de l'acquéreur étranger, tant qu'il y a eſpérance qu'ils ſuccéderont à l'héritage; *Voyez ſur ces deux cauſes qui arrêtent l'ouverture du retrait, le chapitre ſuivant*, art. 3.

CHAPITRE V.

A qui le Retrait lignager eſt-il accordé; par qui, & ſur qui peut-il être exercé.

ARTICLE PREMIER.

A qui le Retrait eſt-il accordé.

127. LE retrait lignager eſt accordé par les Coutumes à la famille du vendeur. De-là deux queſtions; la premiere, qui eſt dans cette matiere réputé le vendeur, à la famille duquel le droit de retrait lignager eſt accordé? 2°. Quelle eſt la famille du vendeur à qui ce droit eſt accordé?

§. I.

Qui eſt réputé le vendeur à la famille duquel le retrait lignager eſt accordé.

128. Le vendeur, dans cette matiere, eſt celui qui aliéne ſon héritage à titre de vente, ou à quelqu'autre titre équipollent à vente, ſoit que ce ſoit lui-même qui l'ait vendu, ſoit qu'il ait ſeulement conſenti, ou qu'il ait été forcé de conſentir à la vente qui en a été faite par un autre.

Suivant ce principe, lorſque c'eſt le mari qui a vendu en ſon nom l'héritage propre de ſa femme, & que la femme a ſeulement conſenti à la vente; c'eſt la femme, qui, dans cette matiere de retrait lignager, eſt cenſée la venderelle, & c'eſt au profit de la famille de la femme que le retrait lignager eſt ouvert; car c'eſt la femme qui, par le conſentement qu'elle a donné à cette vente, a aliéné cet héritage & l'a mis hors de ſa famille.

129. Dans les Coutumes qui accordent le retrait des acquets, lorſqu'un mari vend un héritage conquet de ſa communauté, la famille de la femme a-t-elle droit de retrait lignager? ou ce droit appartient-il pour le total à celle du mari? On peut dire pour la famille de la femme, que le mari n'eſt ſeigneur & propriétaire des conquêts qu'en ſa qualité de chef de la communauté, ce n'eſt qu'en cette qualité qu'il les vend; d'où il ſemble ſuivre que

la femme eſt cenſée les vendre conjointement avec lui, *ejus organo*, & pour la part qu'elle y a au moins *habitu ;* & conſéquemment que le droit de retrait doit être ouvert au profit de ſa famille pour cette part.

Nonobſtant ces raiſons, Tiraqueau, *art.* 32, *n.* 100, décide que le droit de retrait appartient pour le total de l'héritage à la famille du mari, & que celle de la femme n'y peut prétendre aucune part. La raiſon eſt que pendant que la communauté dure, le mari, ſuivant notre Droit Coutumier, eſt réputé ſeul ſeigneur *formaliter* des acquêts qu'il a faits durant la communauté, le droit qu'y a la femme n'eſt qu'un droit *in ſpe & in habitu* qui ſe termine à celui de prendre part aux biens dont la communauté ſe trouvera compoſée lors de la diſſolution : la condition d'où dépend tout le droit qu'elle y peut prétendre venant à défaillir par l'aliénation même qui en eſt faite, elle ne peut être conſidérée comme ayant véritablement une part dans les conquêts que ſon mari vend durant la communauté, & conſéquemment ſa famille n'en peut prétendre le retrait.

Tiraqueau apporte une exception à ſa déciſion, & il dit que ſi la femme a été vendereſſe du conquêt avec ſon mari, la famille de la femme aura part au retrait pour moitié ; & il eſt ſuivi par Grimaudet, IV, II. Je penſe que même en ce cas, la famille de la femme n'a aucune part au retrait ; les mêmes raiſons militent. L'héritage qui eſt vendu n'en eſt pas moins un héritage dans lequel la femme n'avoit pas encore un droit formé : ſi elle s'en eſt portée vendereſſe, c'eſt pour donner plus de ſûreté à l'acheteur : la femme ſe porte vendereſſe en ce cas, de même qu'un étranger pourroit ſe porter vendeur.

130. Lorſque le mari vend ſeul un héritage propre de ſa femme qu'elle a ameubli, le droit de retrait appartient-il à la famille de la femme ? La raiſon de douter eſt, que ſi la vente de l'héritage propre de la femme, qui n'eſt pas ameubli, donne lieu au retrait, c'eſt que la femme, par le conſentement qu'elle donne à cette vente, aliene cet héritage dont elle étoit demeurée la véritable propriétaire ; au-lieu que dans la vente que fait le mari d'un propre ameubli de ſa femme, le conſentement de la femme n'intervient point & n'eſt point néceſſaire pour l'aliénation de cet héritage ; il a par l'ameubliſſement ceſſé d'appartenir à la femme, & il appartient au mari qui, durant le mariage, eſt le ſeul ſeigneur des biens de la communauté dont les propres ameublis de la femme ſont partie. La femme ne peut donc pas être conſidérée comme la vendereſſe de cet héritage, & la vente qui en eſt faite ne peut par conſéquent donner ouverture au retrait, au profit de ſa famille. Nonobſtant ces raiſons, il faut décider que la vente du propre ameubli de la femme, quoique faite par le mari ſeul, donne lieu au retrait lignager au profit de la famille de la femme. La raiſon eſt, que l'ameubliſſement n'eſt qu'une fiction, qui n'a lieu que pour l'intérêt du mari, & des héritiers du mari ; à l'effet que le mari & ſes héritiers aient droit de le partager avec la femme & les héritiers de la femme, de même que s'il étoit véritablement un bien de la communauté, & à l'effet que le mari ait le droit d'en diſpoſer comme des biens de la communauté. Mais ſuivant la maxime que les fictions n'ont pas d'effet hors les cas pour leſquels elles ſont établies, *fictio non operatur ultrà caſum fictionis ;* dans tous les cas dans leſquels il n'eſt pas queſtion

de l'intérêt du mari, le propre ameubli de la femme conſerve ſa qualité de propre qu'il avoit avant le mariage. C'eſt en conſéquence de ce principe, que ces propres ameublis ſont ſujets aux réſerves coutumieres dans le teſtament de la femme, & que la ſucceſſion en appartient aux héritiers aux propres de la femme, ſans préjudice de la part qu'y doit avoir le mari. Suivant le même principe, on doit décider que la vente que le mari fait des propres ameublis de la femme, eſt véritablement la vente d'un propre de la femme qui doit donner ouverture au retrait au profit de la famille de la femme; l'ameubliſſement renferme un conſentement à la vente qu'il plaît au mari de faire de cet héritage, lequel conſentement rend la femme vendereſſe de cet héritage; l'ameubliſſement ne l'en a pas encore expropriée, elle ne peut l'être que par la vente ou autre diſpoſition qu'en fait le mari, ou par un partage de la communauté, par lequel l'héritage ameubli tomberoit au lot du mari ou des héritiers du mari; lequel partage eſt l'exécution réelle & la conſommation de l'ameubliſſement. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin *in Conſ. Par.* §. 78, *gl.* 1, *n.* 104. *Si maritus in vim dictæ clauſulæ* (d'ameubliſſement) *totam domum vendat, tota cadit in jus retractûs proximitatis cognatis filiæ..... Nonobſtante dictâ clauſulâ contractûs matrimonii quæ non concernit niſi intereſſe mariti tantùm.*

Ailleurs le même Dumoulin, *in not. poſth. ad* §. 184, *n.* 6, fait difficulté d'aſſujettir au retrait envers la famille de la femme, la part du mari dans le propre ameubli de la femme: il finit néanmoins par dire qu'il eſt favorable de l'y aſſujettir pour le total. Je penſe qu'on le doit décider ainſi par les raiſons ci-deſſus rapportées: c'eſt l'avis des Annotateurs de Dupleſſis, ſur le chap. 6.

161. Suivant notre principe, lorſque l'héritage propre d'un débiteur eſt ſur la ſaiſie réelle qui en a été faite par ſes créanciers, vendu & adjugé par décret, c'eſt ce débiteur ſaiſi qui en eſt cenſé le vendeur, & c'eſt en conſéquence au profit de ſa famille qu'il y a ouverture au retrait lignager; car c'eſt lui qui l'aliene, & qui en eſt cenſé le vendeur par le conſentement qu'il eſt forcé de donner à la vente & à l'adjudication qui en eſt faite.

Il en eſt de même ſi l'héritage étoit ſaiſi & vendu ſur un curateur à ſa ſucceſſion vacante; car ſa ſucceſſion vacante le repréſente ſuivant cette regle de Droit: *Hereditas perſonæ defuncti vicem ſuſtinet.*

132. Mais ſi ſur la demande hypothécaire d'un créancier de celui de qui mon pere avoit acquis l'héritage qu'il m'a tranſmis dans ſa ſucceſſion, j'ai délaiſſé cet héritage, & qu'il ait été ſaiſi & vendu par décret ſur un curateur au délais, il n'y aura pas ouverture au retrait; Paris, *art.* 153. On ne peut pas dire en ce cas que ce ſoit moi qui ſuis cenſé le vendre & l'aliéner par la vente qui en eſt faite ſur ce curateur au délais, puiſque ce n'eſt pas ſur moi qu'il eſt vendu, & que je l'avois abdiqué par le délais que j'en ai fait.

Il en ſeroit autrement ſi ſur cette action, je m'étois laiſſé condamner au paiement de la ſomme pour laquelle l'héritage étoit hypothéqué, & que je l'euſſe laiſſé ſaiſir & vendre ſur moi.

133. Lorſqu'un débiteur a fait une ceſſion de ſes biens à ſes créanciers, qui en conſéquence les vendent en direction, les lignagers du débiteur ont droit

de retrait ; car c'eſt lui qui eſt cenſé le vendeur par le miniſtere de ſes créanciers ; la ceſſion qu'il a faite ne renfermant qu'un pouvoir qu'il donne à ſes créanciers de vendre ſes biens & d'en percevoir le prix & les fruits juſqu'à la vente, en paiement de leurs créances ; Arrêt dans Montholon, 123 ; Lepreſtre, 11, 34 & autres.

134. Il réſulte de tout ce qui a été dit ci-deſſus, que lorſque ce n'eſt pas en mon nom, & comme choſe à moi appartenante, que je vends l'héritage d'autrui, mais au nom de celui qui en eſt le propriétaire, qui y conſent, ou eſt forcé d'y conſentir ; c'eſt ce propriétaire qui en eſt le vendeur, & c'eſt à ſa famille que la Loi défére le droit de retrait lignager. Mais ſi étant en poſſeſſion de l'héritage d'autrui, je le vends en mon nom, & comme choſe à moi appartenante, c'eſt moi qui ſuis le vendeur, & ce n'eſt qu'au profit de ma famille que cette vente peut donner ouverture au droit de retrait ; elle n'y peut donner ouverture au profit de celle du véritable propriétaire ; car le propriétaire n'ayant vendu ni conſenti à la vente, on ne peut pas dire qu'il ſoit le vendeur. D'ailleurs quoiqu'il ſoit effectivement le propriétaire, néanmoins il n'eſt pas réputé l'être, c'eſt moi qui ſuis préſumé l'avoir été, puiſque je poſſédois l'héritage lorſque je l'ai vendu : car c'eſt un principe que tout poſſeſſeur eſt préſumé le propriétaire de la choſe qu'il poſſede, tant qu'elle n'eſt pas réclamée, & qu'il n'en eſt pas évincé.

Si depuis cette vente il intervenoit un acte entre le vrai propriétaire & l'acheteur, par lequel ce vrai propriétaire ratifiât la vente, cet acte de ratification, étant un acte par lequel ce propriétaire met hors de ſa famille l'héritage dont il ratifie la vente, donneroit-il lieu au retrait ? Il faut diſtinguer : ſi cet acte étoit une tranſaction par laquelle le propriétaire, pour une ſomme d'argent ſe déſiſteroit de ſes prétentions ſur l'héritage, & ratifieroit, en tant que beſoin ſeroit, la vente qui en a été faite ; cet acte étant une tranſaction *de re dubiâ & incertâ*, n'établiroit point que le propriétaire, avec qui l'acheteur a tranſigé, le fût effectivement, & ne donneroit point par conſéquent ouverture au retrait au profit de ſa famille. Mais ſi par cet acte, le droit de ce propriétaire étoit juſtifié & reconnu par l'acheteur, & que néanmoins ce propriétaire conſentît que l'héritage demeurât à l'acheteur par une nouvelle vente qu'il lui en feroit par cet acte ; je penſe qu'en ce cas cet acte donneroit ouverture au retrait au profit de ſa famille.

§. II.

Quelle eſt la famille du vendeur à qui le droit de retrait lignager eſt accordé.

135. Suivant la Coutume de Paris & le Droit le plus commun, le droit de retrait lignager eſt accordé à la famille du vendeur du côté d'où procede le propre qui a été vendu.

Ce n'eſt donc point indiſtinctement à toute la famille du vendeur que le droit de retrait lignager eſt accordé, mais à celle du côté d'où procede le propre qui a été vendu ; c'eſt-à-dire, à ceux des parens qui touchent au

moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille. Par exemple, ſi le propre que j'ai vendu avoit été mis dans ma famille par mon biſaïeul paternel qui l'avoit acquis, le droit de retrait lignager n'appartiendroit qu'à ceux de mes parens qui le ſont par ce biſaïeul, qu'ils touchent au moins de parenté collatérale. Il n'appartiendroit point ni à tous mes parens maternels, ni à ceux de mes parens paternels, qui ne ſeroient mes parens que par mon aïeule ou par ma biſaïeule, & non par ce biſaïeul.

136. Lorſqu'un héritage eſt depuis ſi long-temps dans une famille, qu'on ne connoît pas celui qui l'y a mis, le propre eſt en ce cas cenſé procéder du plus ancien de la famille, qui eſt connu pour en avoir été le poſſeſſeur. Par exemple, ſi cet héritage eſt compris dans le partage de mon triſaïeul paternel, ſans qu'il paroiſſe ſi c'eſt mon triſaïeul qui l'avoit acquis, ou s'il le tenoit lui-même de la ſucceſſion de ſon pere ou de ſa mere, ou de quelques autres de ſes parens; ne trouvant pas de titres plus anciens que ce partage, le propre eſt en ce cas cenſé procéder de ce triſaïeul ſans remonter plus haut, & le droit de retrait lignager appartient à ceux de ma famille qui touchent ce triſaïeul au moins de parenté collatérale.

137. Le droit de retrait lignager eſt encore plus reſtreint dans les Coutumes qu'on appelle *Soucheres*.

Ces Coutumes ne l'accordent qu'à la poſtérité de celui qui a mis l'héritage dans la famille, de même que ce n'eſt qu'à cette poſtérité qu'elles affectent la ſucceſſion des propres.

Quoique notre Coutume d'Orléans, lors de ſa réformation, ait ceſſé d'être ſouchere pour la matiere des ſucceſſions, & qu'elle affecte la ſucceſſion des propres aux parens du défunt qui touchent au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille: néanmoins elle a continué d'être ſouchere par rapport à la matiere du retrait lignager, & elle n'accorde ce droit de retrait qu'à ceux qui ſont deſcendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'article 363 : *Le parent du vendeur* ISSU ET DESCENDU *de la ligne, ſouche & fourchage dont vient ledit héritage*; & encore plus par l'article 380, où il eſt dit, que lorſque quelqu'un vend un héritage qui lui eſt advenu de la ſucceſſion de ſon pere qui l'avoit acquis, ſes freres & ſœurs, & leurs enfans ſont admis au retrait lignager, & que les oncles & couſins n'y ſont pas admis.

138. Autant que les Coutumes ſoucheres reſtreignent le retrait, autant au contraire celle de Bourgogne l'étend : elle l'accorde à toute la famille du vendeur, même à celle qui eſt étrangere à celui d'où le propre procede, *tit. 10, art. 4*, en donnant néanmoins la préférence aux parens du côté d'où le propre procede.

139. Les Coutumes pour la plupart accordent le droit de retrait lignager à la famille du vendeur ſans aucune limitation de degré. C'eſt pourquoi celui qui dans les Coutumes de côté & ligne peut juſtifier qu'il touche de parenté au moins collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille; ou dans les Coutumes ſoucheres, celui qui juſtifie qu'il en eſt deſcendu, eſt admis au retrait, ne fut-il parent du vendeur qu'au vingtieme ou au trentieme degré?

Quelques Coutumes néanmoins ont limité le degré. Par exemple, celle de Nivernois, *chap. 31, art. 1*, accorde le retrait *juſqu'au ſixieme degré de conſanguinité inclus & non plus*; ce qui doit s'entendre, ſelon la computation du Droit civil, comme le remarque Coquille ſur ledit article; c'eſt-à-dire, que le retrait n'eſt accordé que juſqu'au degré des couſins iſſus de germain incluſivement.

Les Coutumes de Normandie & de Bretagne ſont auſſi du nombre de celles qui ont limité le degré dans lequel les parens peuvent être admis au retrait; celle-ci au neuvieme degré, l'autre au ſeptieme.

ARTICLE II.

Par qui le retrait peut-il être exercé.

§. I.

Quelles ſont les perſonnes qui peuvent être admiſes, ou non, au retrait lignager, & quelles cauſes peuvent, ou non, les en exclure.

140. Quiconque eſt de la famille du vendeur, à laquelle la Coutume accorde le droit de retrait lignager, eſt admis au retrait. Il n'importe à quel degré, lorſque la Coutume n'a pas limité le degré.

141. Pour que quelqu'un puiſſe prétendre être de cette famille, il faut que la parenté qu'il a avec le vendeur ſoit une parenté légitime. *Voyez notre Introduction au Titre des Succeſſions de la Coutume d'Orléans, n.* 13.

Delà cette maxime : *qui n'eſt habile à ſuccéder, n'eſt habile à retraire.*

142. Il ne faut pas néanmoins conclure de cette maxime, que dans les Coutumes qui n'appellent à la ſucceſſion des propres à défaut d'enfans, que les collatéraux & non les aſcendans, les aſcendans de la ligne ne ſoient pas habiles au retrait; car ces Coutumes n'ont voulu autre choſe, ſinon que les collatéraux fuſſent préférés aux aſcendans dans la ſucceſſion des propres; mais elles n'ont pas voulu les rendre abſolument inhabiles à la ſucceſſion de ces propres, à laquelle ils peuvent venir à défaut des collatéraux. Ils ne ſont donc pas inhabiles à ſuccéder, ni par conſéquent à retraire. C'eſt l'avis de Tiraqueau, 93, *ad fin. tit.*

143. Ceux qui ont perdu l'état civil, ſoit par la profeſſion religieuſe, ſoit par une condamnation capitale, ne ſont plus cenſés de la famille, les droits de famille faiſant partie de l'état civil qu'ils ont perdu.

144. Un novice, tant qu'il n'a pas encore fait profeſſion, conſerve ſon état civil. C'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux qu'il peut même, la veille de ſa profeſſion, donner valablement une demande en retrait lignager, & tranſmettre par ce moyen cette action à ſes héritiers qui ſeront reçus à reprendre l'inſtance; Grimaudet, 11, 17.

145. Les étrangers non-naturaliſés n'ayant pas le droit de ſuccéder à leurs parens François, ne doivent pas non plus avoir le droit de retrait de leurs héritages, ſuivant la maxime : qui n'eſt habile à ſuccéder, n'eſt habile à retraire.

146. Un parent de la famille à qui le droit de retrait lignager eſt accordé, peut être admis à ce retrait, quoique lors du contrat de vente qui y a donné

ouverture, il ne fût encore ni né, ni même conçu; Rheims, *art.* 194, & pluſieurs autres. Pareillement un légitimé *per ſubſequens matrimonium* y eſt admis, quoique le mariage qui l'a légitimé ne ſoit intervenu que depuis l'ouverture du retrait. La raiſon eſt que c'eſt à la famille en général que la Coutume accorde le retrait lignager, & non à aucune perſonne déterminée de la famille. Les particuliers de cette famille n'acquiérent ce droit qu'en ſe l'appropriant *jure quodam occupationis*, par la demande en retrait lignager qu'ils intentent; c'eſt pourquoi il ſuffit qu'ils exiſtent au temps que cette demande eſt donnée.

147. On peut donner cette demande ſous le nom d'un parent qui n'eſt pas encore, mais ſeulement conçu, en faiſant pour cet effet créer un curateur au poſthume; ce qui eſt conforme à cette regle de Droit: *Qui in utero eſt, pro jam nato habetur quoties de commodo ejus agitur*; L. 231, ff. *de ver. ſig.* Mais cette demande n'a d'effet qu'autant que cet enfant, au nom de qui on a donné la demande, naîtra vivant & à terme.

148. L'exhérédation n'exclut pas l'exhérédé du retrait lignager des héritages de la ſucceſſion de ſon pere ou de ſa mere par qui il a été exhérédé, lorſque ſes freres & ſœurs les vendront; car l'exhérédation ne le prive que du droit de ſuccéder, & non des autres droits de la famille dont celui de retrait lignager fait partie. On doit dire la même choſe des filles que certaines Coutumes excluent de la ſucceſſion lorſqu'elles ont été mariées & dotées.

149. Il eſt évident que le vendeur ne peut pas de ſon chef exercer le retrait lignager; car outre que les Coutumes n'accordent pas le retrait au vendeur, mais *aux parens du vendeur*, il répugne que le vendeur l'exerce. Le retrait lignager n'étant autre choſe que le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, & de ſe rendre acheteur à ſa place, il eſt évident qu'il répugne que la même perſonne ſoit tout-à-la-fois à l'égard d'un même marché le vendeur & l'acheteur.

150. Le vendeur ne peut pas à la vérité exercer le retrait ſur ſa propre vente qu'il a faite à un étranger; mais rien n'empêche que celui qui a vendu ſon héritage à ſon lignager, ne puiſſe le retirer ſur la vente qu'en auroit faite depuis ce lignager à un étranger; car ce n'eſt pas en ce cas ſur la ſienne qu'il l'exerce.

151. Lorſque deux propriétaires de portions indiviſes, ou même diviſées d'un héritage, ont vendu conjointement cet héritage *indefinitè & ſub ſpecie unitatis*, ils ſont cenſés chacun vendeur de tout l'héritage, & chacun d'eux ne peut par conſéquent exercer le retrait lignager de la portion de ſon copropriétaire. Cette déciſion a lieu, quoiqu'ils n'aient pas vendu ſolidairement; car le défaut de ſolidité n'a d'autre effet que de diviſer entr'eux l'obligation de garantie, en cas d'éviction; mais il n'empêche pas qu'ils ne ſoient cenſés avoir chacun vendu l'héritage entier à l'acheteur qui vouloit acheter un héritage entier, & ne vouloit pas acheter des portions; Molin. *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 1, *n.* 13, 14 & 15.

Cette déciſion a lieu toutes les fois que l'acte commence par une vente de l'héritage que pluſieurs font enſemble, quoique par la ſuite de l'acte on exprime les portions indiviſes, ou mêmes diviſées que chacun des vendeurs a dans cet héritage, & que le prix ſoit aſſigné pour la portion que chacun des

vendeurs y a : comme par exemple, s'il étoit dit que trois freres, *Pierre ; Jacques & Jean, ont vendu à Robert un tel héritage, dont une moitié appartient audit Pierre aîné, & un quart à chacun des puînés Jacques & Jean, que leſdits Pierre, Jacques & Jean ont promis chacun pour les portions qu'ils y ont, garantir ledit Robert.... laquelle vente eſt pour le prix de ſix mille livres pour la moitié qui en appartient audit Pierre, & pour le prix de trois mille, pour le prix de chacune des autres portions qui appartiennent à chacun des autres vendeurs Jacques & Jean.* Chacun des vendeurs dans cette eſpece, ne laiſſe pas d'être vendeur de l'héritage entier, & ne peut par conſéquent être admis au retrait des portions de ſes copropriétaires.

152. Il en ſeroit autrement ſi l'acte contenoit non une ſeule vente de l'héritage, mais des ventes que chacun des propriétaires auroit faites de ſa portion, chacun pour un prix ſéparé : comme s'il étoit dit, *ſont comparus Pierre, Jacques & Jean, leſquels ont vendu à Robert ; ſçavoir, Pierre la moitié dans un tel héritage pour le prix de ſix mille livres ; Jacques & Jean, le quart qui appartient à chacun d'eux dans ledit héritage pour la ſomme de trois mille livres que Robert payera à chacun d'eux pour le prix de leurdit quart.* Cet acte renferme trois ventes ſéparées, que chacun des propriétaires fait de ſa portion ſeulement, & par conſéquent n'étant pas vendeur des portions de ſes copropriétaires, il ne doit pas être exclus du retrait deſdites portions; Molin. *ibid. n.* 15.

Vaſlin, ſur la Rochelle, paroît être d'un avis contraire. Les deux raiſons qu'il en donne ne me paroiſſent pas ſolides : il dit, 1°. que le vendeur qui a vendu ſa portion, n'eſt pas recevable à prétendre qu'il a une juſte affection pour les autres portions, ni par conſéquent fondé dans le retrait de ces portions; le droit de retrait n'étant accordé que pour la raiſon d'affection. La réponſe eſt qu'une perſonne, par la néceſſité de ſes affaires, a pu vendre ſa portion dans un héritage, nonobſtant l'affection qu'elle avoit pour cet héritage : cette vente n'empêche donc pas qu'elle ne puiſſe prétendre avoir affection pour les autres portions. Il dit, 2°. que lorſque la vente eſt faite par décret ſur deux héritiers bénéficiaires, l'un ne peut retirer la portion de l'autre. La réponſe eſt que s'il ne le peut, c'eſt lorſque l'héritage a été vendu *ſub ſpecie unitatis.*

153. Quoique le vendeur ne puiſſe exercer de ſon chef le retrait lignager, il peut l'exercer en une autre qualité, *putà* en la qualité de tuteur d'un mineur ſon parent, ou en la qualité de pere & légitime adminiſtrateur des droits de ſes enfans mineurs ; car en ce cas ce n'eſt pas lui proprement qui exerce le retrait, c'eſt le mineur, ce ſont les enfans auxquels il ne fait que prêter ſon miniſtere ; quoique ſi les enfans refuſent, lorſqu'ils ſeront majeurs, de ratifier l'héritage retiré, reſte au pere ou au tuteur.

154. Pareillement ſi le vendeur eſt devenu héritier de ſon parent qui avoit donné la demande en retrait, rien n'empêche qu'il ne puiſſe, en cette qualité d'héritier, & du chef de ſes parens dont il étoit héritier, reprendre l'inſtance & exercer le retrait : ſa qualité de vendeur & l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur de le garantir de toutes évictions, ne l'y rend pas non-recevable : cette obligation de garantie ne s'étendant pas au retrait lignager, à la charge duquel l'acheteur eſt toujours cenſé avoir acheté l'héritage.

Ceci

Ceci répond aux objections qu'on pourroit faire. On oppoſe, 1°. que le même homme ne peut être tout-à-la-fois vendeur & acheteur, ni par conſéquent retrayant d'une même choſe. Je réponds, qu'il eſt vrai que le même homme ne peut être ſous une même qualité le vendeur & l'acheteur, ni par conſéquent le retrayant d'une même choſe; mais rien n'empêche qu'il ne le puiſſe être dans différentes qualités; parce qu'en ce cas *duarum perſonarum vicem ſuſtinet.* C'eſt pourquoi rien n'empêche qu'étant de ſon chef *& ex propriâ perſonâ*, vendeur d'un héritage, il ne puiſſe dans une autre qualité, ſçavoir en la qualité d'héritier de ſon parent qui en a exercé le retrait, être admis à ſuivre la demande donnée par ſon parent, & à être en cette qualité le retrayant de cet héritage. Si l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé avoit, comme il le devoit, déféré à la demande, l'héritier de ce retrayant auroit recueilli l'héritage dans la ſucceſſion de ſon parent, & ſa qualité de vendeur de cet héritage ne l'auroit pas empêché de l'y recueillir : elle ne doit pas pareillement l'empêcher de recueillir le droit qui réſulte de la demande que ſon parent a donnée pour ſe le faire délaiſſer. L'acheteur ne doit pas profiter de la demeure injuſte en laquelle il a été de délaiſſer cet héritage pour le retenir, & ſe diſpenſer de le délaiſſer à l'héritier du demandeur en retrait. On oppoſe en ſecond lieu, que la qualité de vendeur qu'a de ſon chef l'héritier du demandeur en retrait, réſiſte à la repriſe de la demande en retrait, parce que ce ſeroit venir contre ſon propre fait. Je réponds, que venir contre ſon propre fait, c'eſt venir contre quelque engagement qu'on a contracté : le vendeur n'ayant pas contracté l'engagement d'empêcher le droit de retrait des lignagers, ayant au contraire vendu à la charge de ce retrait, il ne revient pas contre ſon propre fait, en reprenant en la qualité qu'il a d'héritier d'un lignager, la demande en retrait donnée par ce lignager.

155. On doit pareillement décider qu'un parent lignager du vendeur, quoiqu'il ſoit devenu héritier du vendeur, n'en eſt pas moins recevable à exercer le retrait lignager. Paris, *art.* 142; Orléans, *art.* 402, en ont des diſpoſitions.

Cette déciſion a lieu quand même en fin du contrat de vente il y auroit cette clauſe, *promettant ledit vendeur de n'apporter aucun empêchement, ni par lui, ni par ſes héritiers, à l'entier accompliſſement du préſent contrat;* car cette clauſe eſt une clauſe de pur ſtyle qui ne contient autre choſe que la promeſſe que fait le vendeur d'accomplir, & de faire accomplir par ſes héritiers les obligations qu'il a contractées; mais le vendeur n'ayant pas garanti du retrait lignager l'acheteur, cette clauſe ne peut empêcher ſon héritier d'exercer le droit de retrait qu'il a de ſon chef.

La clauſe par laquelle le vendeur auroit promis de défendre l'acheteur de quelque eſpece d'éviction que ce fut, ne renferme pas non plus la garantie du retrait lignager; car cette clauſe ne renferme que les évictions dont il exiſtoit au temps du contrat quelque cauſe étrangere au contrat, & non celle qui pourroit arriver par le retrait lignager, puiſque c'eſt le contrat même, & par conſéquent le fait de l'acheteur lui-même qui y donne lieu. C'eſt ce que décide Tiraqueau, *quæſt.* 22, *ad fin. tit.*

156. S'il y avoit une clauſe préciſe par laquelle le vendeur auroit expreſſé-

ment garanti l'acheteur du retrait lignager; dans l'opinion de quelques Auteurs qui ont écrit que cette clauſe étoit nulle, les héritiers du vendeur ne ſeroient pas même en ce cas exclus du retrait. Mais nous avons rejetté cette opinion *ſuprà*, *n.* 13; & en ſuppoſant la clauſe valable, il n'eſt pas douteux que les héritiers du vendeur qui a ſubi une pareille clauſe, ſont non-recevables à exercer de leur chef le retrait, étant en leur qualité d'héritiers tenus d'en défendre l'acheteur. C'eſt le cas de la fameuſe regle: *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, que nous avons expliquée en notre Traité du Contrat de Vente. Néanmoins Lemaître, ſur Paris, en convenant de la validité de la clauſe, penſe que les héritiers ne laiſſent pas d'être recevables au retrait, & qu'ils ſont ſeulement par cette clauſe tenus des dommages & intérêts de l'acheteur, réſultans de l'éviction; mais cette opinion eſt manifeſtement contraire aux principes.

157. Celui qui s'eſt rendu caution pour le vendeur, n'eſt pas pour cela exclus du droit de retrait lignager qu'il a de ſon chef; car ce cautionnement ne le rend pas vendeur, il contracte ſeulement une obligation de garantie qui ne s'étend pas au retrait.

158. Un parent, qui, comme fondé de procuration, a vendu l'héritage de ſon parent à un étranger, peut en exercer le retrait de ſon chef; il en eſt de même d'un tuteur qui a été partie dans une licitation en ſa qualité de tuteur, & a vendu en cette qualité l'héritage où ſon mineur avoit partie, à un étranger qui s'en eſt rendu adjudicataire; car ce tuteur & ce fondé de procuration ne ſont pas les vendeurs; c'eſt le mineur & celui qui a donné la procuration, qui le ſont par leur miniſtere.

Par la même raiſon, ſi j'ai été créé curateur à la ſucceſſion vacante de mon parent, je ne ſerai pas exclus du retrait des héritages de cette ſucceſſion qui ont été vendus ſur moi, à un étranger; car ce n'eſt pas le curateur ſur qui la vente eſt faite qui eſt le vendeur, c'eſt le défunt repréſenté par la ſucceſſion.

159. En eſt-il de même d'un héritier bénéficiaire qui vend en cette qualité un héritage de cette ſucceſſion bénéficiaire? La raiſon de douter eſt qu'il ne s'oblige pas perſonnellement par le contrat, & qu'il oblige ſeulement la ſucceſſion; d'où il ſemble ſuivre que ce n'eſt pas lui, mais la ſucceſſion qui eſt le vendeur, & conſéquemment qu'il ne doit pas être exclus du retrait. Néanmoins il a été jugé par deux Arrêts rapportés par Bouguier, & cités par Lebrun, *Traité des Succeſſions*, *l.* 3, *chap.* 4, *n.* 24, qu'il n'y étoit pas recevable. La raiſon eſt, que ce n'eſt pas par une pure fiction que la ſucceſſion bénéficiaire eſt diſtinguée de la perſonne du vendeur, & que cette fiction n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la ſucceſſion, & à l'effet ſeulement que l'héritier bénéficiaire ne ſoit pas tenu des dettes de cette ſucceſſion ſur les biens qu'il a d'ailleurs: mais dans la réalité, l'héritier bénéficiaire eſt le vrai propriétaire des biens de la ſucceſſion bénéficiaire: lorſqu'il les vend, quoiqu'en qualité d'héritier bénéficiaire, c'eſt lui qui en eſt le vendeur, & conſéquemment il ne peut en exercer le retrait.

Lebrun, *ibid. n.* 72, excepte mal-à-propos le cas auquel cet héritier bénéficiaire auroit depuis renoncé à la ſucceſſion; car cette renonciation n'eſt qu'un ſimple abandon des biens, lequel n'empêche pas qu'il ne ſoit héritier, ni par conſéquent qu'il ne ſoit le véritable vendeur.

160. Celui ſur qui l'héritage eſt vendu par décret, en eſt le ſeul vrai vendeur, puiſque c'eſt lui qui, par l'adjudication par décret, l'aliene & le met hors de ſa famille; le ſaiſiſſant & les oppoſans, quoiqu'ils en aient pourſuivi la vente, & qu'ils en aient touché le prix, ne ſont pas pour cela vendeurs, & ne ſont pas exclus, s'ils ſont lignagers du débiteur, d'exercer le retrait dans les Coutumes où les ventes par décret ſont ſujettes au retrait.

161. On a agité la queſtion, ſi le Juge qui a fait l'adjudication devroit être admis au retrait? La raiſon de douter eſt, qu'il pourroit y avoir lieu de craindre que ſi un Juge pouvoit etre admis au retrait, un Juge qui ſe propoſeroit d'exercer le retrait ſur l'adjudication qu'il prononceroit, ne précipitât cette adjudication & ne la fît pas porter à ſi haut prix qu'elle pourroit monter, pour profiter du bon marché; néanmoins les Auteurs qui ont agité cet queſtion, Brodeau & Lemaître décident que le Juge y doit être admis, parce qu'on ne doit pas mal préſumer de la probité des Juges, & que ces adjudications ſe font publiquement.

162. La convention qu'un lignager a eue avec l'acheteur, ſoit avant, ſoit depuis le contrat de vente, de ne pas exercer le retrait, l'y rend non-recevable; car il eſt permis à chacun de renoncer à un droit établi en ſa faveur.

Lemaître, ſur Paris, cite un Arrêt du Parlement de Rouen, du 13 Février 1673, par lequel il prétend avoir été jugé que cette convention pouvoit être oppoſée même aux héritiers lignagers de ce lignager; mais cela ne doit être que lorſqu'ils exercent le retrait, comme ayant repris l'inſtance en leur qualité d'héritiers. Si au contraire ils l'exercent de leur chef, étant encore dans le temps, la qualité d'héritiers de celui qui a eu cette convention, ne les en exclut point; car par cette convention, celui qui s'eſt engagé de ne point exercer le retrait, n'a promis que pour lui, & n'a point garanti l'acquéreur des demandes en retrait qui pourroient être données par d'autres. En cela cette eſpece eſt différente de celle du *n.* 156, dans laquelle le demandeur eſt exclus, comme ayant ſuccédé aux obligations d'un défunt qui ne s'étoit pas ſeulement obligé à ne pas donner lui-même de demande en retrait, mais à garantir l'acheteur des demandes de tous autres.

163. Lorſque la convention par laquelle le lignager a promis de ne pas exercer le retrait, n'eſt pas intervenue avec l'acheteur, mais avec le vendeur avant le contrat de vente, la convention eſt-elle valable? On peut ſur cette queſtion diſtinguer deux cas. Si le vendeur s'eſt en conſéquence obligé envers l'acheteur par une clauſe particuliere à le garantir du retrait, il ne peut être douteux que la convention eſt valable, & qu'elle rend ce lignager non-recevable au retrait; car on ne peut pas douter que le vendeur a en ce cas intérêt que le retrait ne ſoit pas exercé. Mais ſi le vendeur ne s'eſt point obligé envers l'acheteur à le garantir du retrait, il y a plus de difficulté: le vendeur n'ayant en en ce cas aucun intérêt que le retrait ſoit ou ne ſoit pas exercé, la convention qu'il a eue avec ſon parent pour qu'il ne l'exerçât point, paroît devoir être nulle, ſuivant les principes de Droit, rapportés au tit. des Inſtit. *de inutil. ſtipul.* §. 20 & 21, qui portent que *Alteri ſtipulari nemo poteſt niſi ipſius interſit.* Néanmoins Tiraqueau, §. 1, *gl.* 9, *n.* 128, & Grimaudet, 11, 28, décident que cette convention eſt valable, & qu'elle peut être oppoſée par l'acheteur à ce

parent du vendeur pour le faire déclarer non-recevable à ſon retrait. La raiſon eſt, que lorſque cette convention eſt intervenue avant la vente, entre moi qui me propoſois de vendre & mon parent, on ne peut pas dire que je n'avois aucun intérêt de convenir que mon parent n'exerceroit pas le retrait; j'y avois intérêt en ce que l'engagement que ce parent de la part de qui on pouvoit craindre le retrait, contractoit de ne le pas exercer, ſervoit à me faire trouver à le vendre plus facilement. La convention eſt donc valable; & m'ayant acquis un droit, lorſque j'ai depuis vendu mon héritage, je ſuis cenſé avoir vendu à l'acheteur, avec mon héritage, le droit qui réſultoit de cette convention; car c'eſt un autre principe de Droit que celui qui aliene un héritage, eſt cenſé tranſporter les droits & actions qu'il a par rapport à cet héritage, leſquels tendent à les conſerver. C'eſt en conſéquence qu'il eſt décidé en la Loi 17, §. 5, ff. *de pact.* que celui qui a ſuccédé à quelqu'un, quoiqu'à titre ſingulier à une choſe, ſuccede aux droits réſultans des conventions que ſon auteur a eues avec des tiers par rapport à cette choſe. *Voyez* ce que nous avons dit en notre Traité des Obligations, *n.* 68.

Dans les Coutumes qui préferent le plus proche parent; ſi un parent plus éloigné, qui n'auroit pas eu une pareille convention, avoit donné la demande en retrait, le plus proche pourroit exercer le retrait, nonobſtant la convention qu'il a eue, ſoit avec le vendeur, ſoit avec l'acheteur, de ne le pas exercer; ni le vendeur, ni l'acheteur n'ayant en ce cas aucun intérêt de l'empêcher de l'exercer; à moins que l'acheteur ne ſoutînt que la premiere demande eſt nulle, & qu'elle le fût effectivement.

164. Le conſentement qu'un lignager ou un ſeigneur de fief ont donné à la vente de l'héritage les exclut-il du retrait? Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 1, *n.* 8, *& ſeqq.*, tient la négative; ſa raiſon eſt que ce conſentement à la vente, ne renferme aucune renonciation au droit de retrait; car bien-loin que cette vente à laquelle ils conſentent, ſoit quelque choſe d'oppoſé à leur droit de retrait, c'eſt au contraire cette vente qui le produit & y donne lieu: d'où il conclut que *patronus* (*idem* du lignager) *conſentiendo venditioni ſibi non præjudicat in hoc jure* (*retractus*) *ſed potiùs viam ſibi ad illud aperit; nec obſtat*, dit-il, *quod ille conſenſus nihil operabitur, quia id tolerabilius eſt, quàm quod ultrà intentionem conſentientis operetur.*

Tiraqueau qui agite la même queſtion, §. 1, *gl.* 9, *n.* 134, *& ſuiv.* rejette l'avis de Dumoulin, & décide que les parens du vendeur qu'on fait intervenir au contrat pour déclarer qu'ils conſentent à la vente, doivent être préſumés avoir par-là renoncé au droit de retrait.

Cette préſomption me paroît ſur-tout mériter d'avoir lieu, lorſque le lignager n'avoit & ne pouvoit avoir par la ſuite aucun autre droit ſur l'héritage que le droit de retrait; car en ce cas ſa renonciation au retrait, étant le ſeul & unique ſujet qu'on ait pu avoir pour le faire intervenir au contrat, & conſentir la vente, la préſomption eſt que c'eſt dans cette vue & pour renoncer au retrait, qu'il y eſt intervenu; car il ſeroit contre toute raiſon & vraiſemblance de ſuppoſer qu'il y ſeroit intervenu pour rien & ſans aucun ſujet.

Lorſque le lignager qui eſt intervenu au contrat de vente pour déclarer qu'il y conſentoit, avoit ou devoit avoir un jour des droits ſur cet héritage; ſi l'on

a exprimé par le contrat des droits auxquels ils entendoient renoncer en intervenant & conſentant à la vente, on ne pourra pas en inférer qu'il a pareillement entendu renoncer à ſon droit de retrait; comme lorſque le contrat porte, *eſt intervenu un tel, lequel a conſenti la préſente vente, renonçant à tous les droits d'hypotheque qu'il peut avoir ſur l'héritage, &c.* Mais lorſque le contrat ne contient qu'un ſimple conſentement à la vente de l'héritage, ſans exprimer quels ſont les droits auxquels ce parent a entendu renoncer par ce conſentement, on peut ſoutenir qu'on doit préſumer qu'il a entendu par ce conſentement, renoncer à ſon droit de lignager, auſſi-bien qu'à ſes autres droits; car la renonciation que ſon conſentement renferme, étant indéfinie, renferme tout.

165. Tiraqueau, *art.* 26, *gl.* 2, *n.* 5, *& ſuiv.* & Grimaudet, 1, 7, penſent qu'un lignager doit être déclaré non-recevable au retrait, lorſqu'on rapporte un acte de ceſſion, par lequel ce lignager auroit cédé ſon droit de retrait à un étranger: voici la raiſon qu'ils rendent de leur déciſion. Quoique cette ceſſion ſoit nulle comme ceſſion, le droit de retrait lignager n'étant pas ceſſible, cette ceſſion, ſelon ces Auteurs, renferme une abdication & répudiation que le lignager fait de ſon droit de retrait, qui le rend non-recevable à l'exercer. Ils ſe fondent principalement ſur la Loi 66, ff. *de jur. dot.* où il eſt dit, que lorſqu'un uſufruitier cede ſon droit à un étranger, quoique cette ceſſion ne ſoit pas valable à l'effet de faire paſſer le droit d'uſufruit au ceſſionnaire, le droit d'uſufruit n'étant pas ceſſible, néanmoins elle eſt valable à l'effet de dépouiller l'uſufruitier de ſon droit, & de le réunir à la propriété. Cet argument que ces Auteurs tirent de cette loi ne me paroît nullement concluant; car la ceſſion dont il eſt parlé en cette loi doit s'entendre de la ceſſion ſolemnelle *in jure*, qui étoit *civilis modus transferendi dominii*; par laquelle le cédant ſe déſaiſiſſoit ſolemnellement de la choſe ou droit qu'il cédoit. Mais parmi nous la ceſſion que quelqu'un fait de ſon droit à un autre par un acte devant Notaires, n'a l'effet que d'une ſimple convention; elle ne dépoſſede point le cédant du droit qu'il cede; il en demeure toujours propriétaire juſqu'à ce que le ceſſionnaire s'en ſoit mis en une eſpece de quaſi-poſſeſſion, en faiſant ſignifier ſon tranſport au débiteur, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Vente*, *n.* 554. C'eſt pourquoi on ne peut pas dire que la ceſſion qu'un lignager a faite de ſon droit de retrait, renferme une abdication qu'il a faite de ce droit, qui le rend non-recevable à l'exercer. Il pouvoit d'autant moins l'abdiquer par cette ceſſion, que ce droit n'appartenoit encore qu'à la famille indéterminément, & non à lui qui n'a pu ſe l'approprier qu'en formant la demande en retrait. On peut rendre une meilleure raiſon de la déciſion de Tiraqueau & de Grimaudet, qui eſt que cette convention fait préſumer de la fraude, & que le lignager n'exerce pas le retrait pour ſon compte. Néanmoins Grimaudet, x, 20, rapporte un Arrêt qui a jugé que le rapport d'une convention par laquelle un lignager ſeroit convenu avec un étranger de lui céder l'héritage après qu'il l'auroit retiré, ne ſuffit pas pour exclure le lignager du retrait, pourvu qu'il déclare, ou même qu'il affirme s'il en eſt requis, qu'il n'entend point exécuter cette convention, & qu'il retire pour ſon compte, ſauf à l'acquéreur l'action en répétition du retrait, ſi par la ſuite ce lignager cédoit l'héritage à cette perſonne. La déciſion de cet Arrêt me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté.

166. Lorſqu'un lignager du vendeur ſe rend acheteur conjointement avec

un étranger, il n'eſt pas cenſé avoir pour cela renoncé au droit de retrait de la portion qu'a dans la choſe acquiſe ſon coacquéreur étranger.

167. Lorſqu'un mari eſt intervenu au contrat pour autoriſer ſa femme à vendre un de ſes héritages propres, & que ce mari eſt parent lignager de ſa femme, cette autoriſation ne l'empêche pas d'exercer le retrait; cette autoriſation ne contient aucune renonciation du mari à ſes droits; elle n'a d'autre fin que de rendre la femme habile à faire l'acte pour lequel ſon mari l'autoriſe.

On m'a oppoſé que cela pourroit donner lieu à une fraude; que je pourrois par ce moyen, de concert avec ma femme dont je ſuis parent, m'enrichir à ſes dépens, en vendant à vil prix ſon héritage propre à un acheteur ſuppoſé, ſur lequel j'en exercerois le retrait. Je réponds que la crainte d'une fraude n'eſt pas une raiſon ſuffiſante pour m'exclure de mon droit de retrait.

Si le mari n'avoit pas ſeulement autoriſé ſa femme, mais avoit vendu avec elle, il n'eſt pas douteux que ſa qualité de vendeur l'excluroit du retrait.

168. Un parent n'eſt pas non plus exclus du droit d'exercer le retrait de l'héritage vendu par ſon parent pour avoir reçu comme Notaire le contrat de vente, ou y avoir aſſiſté comme témoin; Tiraqueau, *ibid.*

169. Néanmoins ſi le contrat de vente contenoit une clauſe par laquelle le vendeur auroit aſſuré l'acheteur n'avoir aucuns parens qui euſſent qualité pour exercer le retrait, le Notaire lignager du vendeur qu'on doit facilement préſumer avoir eu connoiſſance de ſa parenté, devroit être exclus du retrait par l'exception de dol, ayant concouru en recevant l'acte où étoit cette clauſe, à tromper l'acheteur. On ne doit pas étendre cette déciſion au lignager qui auroit ſigné cet acte, comme Notaire en ſecond: on ne peut pas dire que celui-ci ait concouru à tromper l'acheteur; car il eſt notoire que les Notaires qui ſignent en ſecond, n'aſſiſtent pas à l'acte, & n'ont pas connoiſſance de ce qu'il contient; & cet uſage, quelque irrégulier qu'il ſoit, eſt toléré & pratiqué par les Notaires les plus honnêtes gens.

A l'égard des témoins inſtrumentaires, un honnête homme ne pouvant pas *ſalvo pudore* ſigner en cette qualité un acte, s'il n'y a été préſent; un lignager qui auroit ſigné en cette qualité me paroît non-recevable à dire qu'il ignoroit ce que l'acte contenoit; *cùm nemo poſſit propriam allegare turpitudinem.* J'ai vu néanmoins des Juriſconſultes qui les y croient recevables.

170. Quoique la vente que j'ai faite de mon héritage propre à un étranger n'ait été faite qu'au refus d'un parent à qui j'avois propoſé le marché, ce parent n'eſt pas pour cela exclus du retrait; il peut n'avoir pas eu la commodité d'acheter lorſqu'on lui a préſenté le marché, & l'avoir aujourd'hui: la Coutume accordant aux lignagers le temps d'un an depuis le contrat de vente, ils doivent avoir tout ce temps pour prendre leur parti, & ne peuvent pas être obligés à le prendre plutôt.

§. II.

De la préférence entre pluſieurs Lignagers en différens degrés, qui veulent exercer le retrait.

171. Lorſque pluſieurs lignagers veulent exercer le retrait, quelques Coutumes préfèrent le plus proche parent du vendeur à celui qui eſt plus éloigné, quoiqu'il ait donné la demande le premier.

172. Cette proximité en matiere de retrait de même qu'en matiere de ſucceſſion ſe conſidere avec la perſonne du vendeur, & non avec celui qui a mis l'héritage dans la famille : c'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux que dans ces Coutumes le neveu du vendeur eſt préféré pour le retrait au grand-oncle du vendeur, quoique celui-ci ſoit plus proche de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'eſt l'avis de Tiraqueau, qui ne ſouffre aucune difficulté, quoique quelques anciens Docteurs par lui cités aient été, en matiere de retrait, d'une opinion contraire.

173. Ces Coutumes different entre elles ſur cette préférence ; il y en a qui l'accordent au plus proche parent, même après que le retrait a été entiérement exécuté au profit d'un lignager plus éloigné, pourvu que le parent plus prochain réclame cette préférence dans le temps accordé par la Coutume, pour exercer le retrait ; Troyes, *art.* 145 ; Normandie, *art.* 475, *&c.* D'autres n'accordent cette préférence au plus prochain ſur le plus éloigné, qu'à la charge de ſe préſenter *avant l'exécution réelle & actuelle du retrait* fait par le parent plus éloigné, & rembourſement de l'acquéreur ; Calais, *art.* 150.

Les Coutumes de Blois, de Tours, d'Anjou, diſent que le plus prochain doit venir dans le temps accordé pour le rembourſement. Quelques Coutumes reſtreignent encore davantage cette préférence. La Coutume de Châteauneuf, *art.* 77, ne l'accorde au plus prochain, qu'à la charge de le requérir en jugement dans la quinzaine après la premiere aſſignation en retrait donnée par le parent plus éloigné. Celle de Chartres, *art.* 68, veut que ce ſoit dans la huitaine.

174. Suivant la Coutume de Paris, *art.* 141 ; celle d'Orléans, *art.* 378, & la plupart des Coutumes, le parent, quoiqu'en degré plus éloigné, lorſqu'il a prévenu, eſt préféré au parent plus proche qui n'a formé ſa demande qu'après.

La raiſon eſt, que ſuivant l'eſprit de ces Coutumes, le droit de retrait lignager eſt accordé à toute la famille en général ; avant que la demande ait été formée par quelqu'un de la famille, ce droit n'appartient déterminément à aucun de la famille *generaliter & indeterminate ;* chacun de ceux qui compoſent cette famille, celui qui eſt dans le degré le plus éloigné, de même que celui qui eſt dans le degré le plus proche, a droit de former la demande : en la formant, il s'approprie *quaſi quodam jure occupationis* ce droit de retrait, & en exclut tous les autres parens.

175. Obſervez néanmoins qu'il faut pour cela que la demande ſoit valable ; une demande nulle ne peut avoir cet effet, *quod nullum eſt, nullum producit effectum.* Il faut auſſi que ce parent ne ſe ſoit pas laiſſé décheoir du retrait qui, ſur cette demande, lui auroit été reconnu ou adjugé, faute par lui d'avoir ſatisfait à la Coutume ; car en ce cas la demande qu'il a donnée n'ayant pas eu ſon effet, eſt comme non-avenue ; le demandeur n'ayant pu s'approprier le droit de retrait par cette demande dont il s'eſt laiſſé décheoir, cette demande n'en a pu exclure les autres parens.

176. Suivant ces principes, lorſque deux parens en différens temps ont donné la demande en retrait, le ſort de la ſeconde demande dépend de celui de la premiere. Si ſur la premiere demande le retrait a été reconnu ou adjugé &

exécuté, la ſeconde demande tombe : ſi au contraire le premier demandeur eſt débouté, ou déclaré déchu du retrait, le ſecond demandeur pourra ſuivre ſa demande.

177. De-là il ſuit que le Juge doit ſurſeoir à faire droit ſur la ſeconde demande, juſqu'à ce que le procès ſur la premiere demande ait été terminé.

Néanmoins ſi le premier demandeur ne faiſoit pas les pourſuites néceſſaires pour le faire terminer, le ſecond, ſur la demande de qui il a été ſurſis, peut faire preſcrire un temps à ce premier demandeur, dans lequel il ſera tenu de faire juger ſa demande ; & faute par lui de l'avoir fait dans ledit temps, le ſecond retrayant peut faire déclarer colluſoire la demande du premier, & être admis à ſuivre la ſienne.

178. Le ſecond demandeur ayant intérêt que le premier ſoit débouté de ſa demande, peut-il en intervenant en l'inſtance ſur la premiere demande, oppoſer à ce premier demandeur les défauts de forme qui peuvent l'en faire débouter ? Non, car ce n'eſt qu'en faveur de l'acquéreur que les formalités du retrait ont été établies ; tout autre que lui par conſéquent ne peut être admis à en oppoſer le défaut. Il en eſt de même des défauts de former des exploits de demande ; comme elles ne ſont établies qu'en faveur de la partie aſſignée, le défaut ne peut en être oppoſé que par elle.

179. Il en ſeroit autrement, ſi le ſecond demandeur entendoit conteſter au premier ſa qualité de lignager, & ſon habilité au retrait ; il n'eſt pas douteux en ce cas, qu'il dût être admis à intervenir dans l'inſtance pour la lui conteſter ; & même à interjetter appel de la Sentence qui auroit adjugé le retrait au premier demandeur à ſon préjudice.

180. Le principe que nous venons d'établir, que le lignager qui a prévenu en donnant le premier la demande, eſt préféré à tous les autres parens du vendeur, quoique plus prochains en degré, reçoit dans notre Coutume d'Orléans, *art.* 338, une exception en faveur des enfans, freres, ou ſœurs du vendeur, pourvu que deux choſes concourent : 1°. Qu'ils aient de leur chef une portion dans l'héritage que le vendeur a vendu pour la portion qu'il y avoit : 2°. Qu'ils ſe préſentent avant que le retrait ait été adjugé au lignager qui les a prévenus.

181. Lorſque deux ou pluſieurs parens lignagers du vendeur qui ont donné chacun la demande en retrait, ſe trouvent en concurrence de temps, il n'eſt pas douteux en ce cas que le plus proche en degré eſt préféré au plus éloigné.

Notre Coutume d'Orléans, en *l'art.* 378, & pluſieurs autres, en ont des diſpoſitions : Lemaître ſur Paris cite un Arrêt de 1563, qui l'a jugé dans la Coutume de Paris, qui ne s'en eſt pas expliquée.

182. Suffit-il pour que les parens ſoient réputés en concurrence de temps, qu'ils aient donné chacun leur demande le même jour ? Les Coutumes varient ſur cette queſtion. La plupart réputent en concurrence de temps ceux qui ont donné leur demande le même jour, & ne veulent point qu'on ait égard à l'heure. Sens, *art.* 52, & pluſieurs autres Coutumes s'en expliquent formellement. Au contraire, notre Coutume d'Orléans ne répute les lignagers en concurrence de

temps,

temps, que lorſqu'il y a entre eux *concurrence de jour & HEURE en l'ajournement, & qu'il n'apparût lequel a prévenu*; art. 378.

La deciſion de la Coutume d'Orléans renferme une conſéquence exacte & rigoureuſe du principe, que le lignager par la demande en retrait qu'il donne, s'approprie quaſi *quodam jure occupationis* le droit de retrait; car dès l'inſtant qu'il ſe l'eſt une fois approprié, les autres parens en ſont exclus, & ne peuvent plus par conſéquent l'exercer, quand même ce ſeroit le même jour.

Le principe ſur lequel ſe ſont fondées les autres Coutumes qui ne veulent pas qu'on ait égard à la priorité d'heure, mais ſeulement à celle du jour, paroît être que la priorité d'heure peut ſouvent être incertaine: c'eſt pourquoi pour retrancher toutes les conteſtations qui pourroient naître de cette incertitude, elles ont voulu qu'on n'eût aucun égard à la priorité d'heure, & que toutes les demandes du même jour fuſſent cenſées en concurrence de temps.

183. Dans la Coutume d'Orléans qui admet la priorité d'heure, les Huiſſiers doivent exprimer l'heure dans les demandes en retrait; faute de cela, celui dont la demande exprime l'heure, doit avoir la préférence ſur celui qui ne l'a pas exprimée. Par exemple, ſi mon exploit de demande porte, *tel jour à neuf heures du matin*, & que le vôtre porte ſeulement *tel jour*, ſans exprimer en quel temps de la journée, ou porte ſeulement *tel jour avant midi*, je dois vous être préféré; car je juſtifie que j'ai donné ma demande à neuf heures, au-lieu que vous ne pouvez pas juſtifier avoir donné la vôtre plutôt qu'à la derniere heure du jour ou d'avant midi.

184. Dans les Coutumes telles que celle de Paris, qui ſe contentent de dire que celui *qui premier fait ajourner en retrait*, doit être préféré, ſans expliquer ſi l'on doit avoir égard, ou non, à la priorité d'heure; doit-on y avoir égard? Le grand nombre des Coutumes paroît faire un aſſez fort argument pour la négative; Guérin & Lemaitre ſur Paris ſont néanmoins d'avis qu'on y ait égard, & que le premier qui a fait aſſigner, doit être préféré à ceux qui n'ont donné leur demande qu'après, quoique le même jour.

§. III.

De la préférence & concurrence entre pluſieurs parens au même degré.

185. Entre deux ou pluſieurs lignagers au même degré qui ont donné chacun une demande en retrait, c'eſt ordinairement celui qui a prévenu, qui eſt préféré.

Cela n'eſt pas douteux dans les Coutumes qui accordent la préférence à celui qui a prévenu, même ſur ceux qui ſont dans un degré plus proche. La plupart de celles qui la lui refuſent ſur ceux qui ſont dans un degré plus proche, la lui accordent ſur ceux qui ſont au même degré; Calais, *art.* 150; Troyes, *art.* 145; Blois, *art.* 201, *&c.*

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui n'accordent aucune préférence à celui qui a prévenu, ſur ceux qui ſont en pareil degré, & qui les font concourir, pourvu qu'ils aient donné leur demande dans le temps de la Coutume; Bordeaux, *chap.* 2, *art.* 6; Normandie, *art.* 476.

186. Lorſque les parens en même degré qui ont donné la demande en retrait, ſe trouvent en concurrence de temps, le droit le plus commun eſt, qu'ils ſont admis concurremment au retrait; néanmoins quelques Coutumes préferent en ce cas le mâle à la femelle, & l'aîné ou l'aînée aux puînés; Chartres, *art.* 68 ; Châteauneuf, 77.

Quelques Coutumes, dans ce cas de concurrence de proximité de degré & de temps, permettent à l'acquéreur de choiſir entre les retrayans celui en faveur duquel il voudra reconnoître le retrait; Laon, *art.* 230; Ribemont, *art.* 35.

187. Il nous reſte une queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi en matiere de retrait la repréſentation a lieu. Par exemple, un neveu du vendeur doit-il venir en concurrence avec le frere? La Coutume d'Auvergne, *chap.* 23, *art.* 19, la rejette, quoiqu'elle l'admette en matiere de ſucceſſion. Au contraire pluſieurs l'admettent, ſoit en termes formels, comme Anjou, le Maine, Poitou, Angoumois, Bordeaux; ſoit en termes équipollens, comme Saintonge, *tit.* 6, *art.* 52.

Quid, dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées? On peut dire en faveur du plus proche parent, contre le droit de repréſentation, que ce droit eſt fondé ſur une fiction. Or c'eſt un principe que les fictions ne s'étendent pas du cas pour lequel elles ont été établies à un autre cas: la fiction de la repréſentation que les Coutumes ont établie dans le cas des ſucceſſions, ne doit donc pas s'étendre au cas du retrait lignager, lorſque ces Coutumes ne s'en ſont pas expliquées. C'eſt ſur ce principe que la nouvelle Ordonnance des ſubſtitutions, *part.* 1, *art.* 21, rejette la repréſentation dans les ſubſtitutions faites à une famille.

D'un autre côté on dit, en faveur de la repréſentation, qu'on ne doit pas argumenter de ce que l'Ordonnance a décidé contre la repréſentation pour le cas des ſubſtitutions; les ſubſtitués étant appellés à ſuccéder par la volonté du teſtateur, & non par la Loi qui a réglé l'ordre des ſucceſſions, la fiction de la repréſentation ne peut s'appliquer au cas d'une ſubſtitution, qui eſt tout-à-fait différent de celui des ſucceſſions pour lequel elle a été établie. Il n'en eſt pas de même du cas du retrait lignager: ce cas eſt connexe à celui des ſucceſſions. Les parens étant appellés au retrait des héritages de leur parent, par la même Loi qui a réglé l'ordre des ſucceſſions, la préſomption eſt qu'elle les y appelle dans le même ordre: cela ſur-tout doit avoir lieu dans les Coutumes qui préferent les plus proches. Il paroît que l'eſprit de ces Coutumes eſt de conſerver par le retrait les héritages propres à ceux qui devoient y ſuccéder, & de n'admettre les autres qu'à défaut de ceux-ci. On doit donc, ſur-tout dans ces Coutumes, admettre pour le retrait la repréſentation qui a lieu dans l'ordre des ſucceſſions. Il y a lieu de penſer qu'elle doit même être admiſe dans la Coutume de Paris & autres ſemblables, qui n'accordent aux plus proches la préférence ſur les plus éloignés, que dans le cas de la concurrence de leurs demandes.

188. Dans les Coutumes qui admettent la repréſentation dans le retrait lignager, un d'entre pluſieurs neveux nés d'un frere prédécédé du vendeur, qui ſe préſente au retrait avec un autre frere du vendeur, doit avoir la

moitié dans l'héritage retiré. Ses freres & ſœurs qui ne veulent pas exercer le retrait avec lui, ne doivent pas être comptés : les parts qu'ils auroient pu y prétendre doivent lui accroître, & il doit exercer le retrait comme s'il étoit ſeul de cette ſouche; *Arrêt du 7 Septembre 1716, cité par Vigier ſur Angoumois.*

ARTICLE III.

Sur qui le retrait peut-il, ou ne peut-il pas être exercé.

189. Le retrait lignager peut être exercé ſur l'acquéreur étranger, ou ſur ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs médiats ou immédiats, univerſels ou particuliers.

Lorſque cet acquéreur étranger, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage ſujet au retrait, il eſt au choix du lignager de donner la demande en retrait contre cet acheteur ou contre le tiers. Quelques Coutumes en ont des diſpoſitions, comme Rheims, *art.* 205. Ces diſpoſitions ſont fondées ſur la nature même de l'action de retrait lignager; cette action eſt une action *perſonnelle réelle*, qui naît de l'obligation *ex quaſi contractu* que l'acheteur étranger contracte en acquérant envers les lignagers, de céder ſon marché à celui d'entr'eux qui le voudra prendre, & de lui délaiſſer l'héritage, à l'accompliſſement de laquelle obligation perſonnelle la Loi affecte l'héritage. Cette action, comme *perſonnelle*, peut donc être intentée contre l'acheteur étranger, qui eſt le véritable débiteur, & qui n'a pas pu par ſon fait, en aliénant l'héritage, ſe décharger de l'obligation qu'il a contractée, de le délaiſſer au lignager qui voudra exercer le retrait. Cette action peut auſſi, comme *réelle*, être intentée directement contre le tiers détenteur de l'héritage : cet héritage étant affecté par la Loi, a l'accompliſſement de l'obligation.

190. Quoique ſelon la ſubtilité du Droit la demande en retrait lignager continue de pouvoir être valablement donnée contre l'acheteur étranger depuis qu'il a aliéné l'héritage, néanmoins lorſque cet acheteur étranger, aſſigné ſur cette demande, déclare & affirme qu'il a aliéné l'héritage au profit d'une telle perſonne dont il indique le nom & la demeure, il eſt équitable de renvoyer le demandeur à ſe pourvoir contre le tiers détenteur; car il eſt naturel qu'il s'adreſſe à celui pardevers qui l'héritage eſt ſujet au retrait, & par qui il peut ſe le faire délaiſſer, plutôt qu'à l'acheteur étranger, qui, ne pouvant plus lui délaiſſer cet héritage qu'il n'a plus, ne pourroit plus être ſujet qu'à des dommages & intérêts. Le lignager auroit mauvaiſe grace de demander ces dommages & intérêts, faute d'avoir la choſe, lorſqu'il eſt en ſon pouvoir de l'avoir, en s'adreſſant à celui pardevers qui elle eſt : d'ailleurs comment régler ces dommages & intérêts qui conſiſtent dans un intérêt d'affection qui n'eſt pas appréciable?

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 369, autoriſe ce renvoi à ſe pourvoir contre le détenteur de l'héritage, & proroge à cet effet de quarante jours le temps du retrait, à compter du jour que le nom & la demeure de ce détenteur ont été indiqués au retrayant, dans le cas auquel le temps du retrait,

lors de cette indication, ſeroit expiré, ou qu'il en reſteroit un moindre temps.

191. Lorſque l'acheteur étranger, avant aucune demande, a tranſmis l'héritage à un ſucceſſeur, ſoit univerſel, ſoit particulier, qui eſt de la famille, le retrait ne peut s'exercer ſur lui dans nos Coutumes de Paris, d'Orléans, & autres ſemblables; car dans ces Coutumes le droit de retrait lignager s'éteint lorſque l'héritage, avant aucune demande donnée, eſt rentré dans la famille.

Mais ſi la demande avoit été donnée contre l'acheteur étranger, elle pourroit être repriſe contre ſon héritier, quoique lignager; car le retrait ne s'éteint par le retour à la famille, que lorſque ce retour arrive avant qu'il ait été donné aucune demande; mais par la demande que le lignager a donnée, il s'eſt approprié le droit de retrait, dont il ne peut être dépouillé. Par la demande, lorſqu'elle eſt bien fondée, l'ajourné contracte l'obligation d'y ſatisfaire, qu'on appelle *obligatio judicati*, & cette obligation paſſe contre ſon héritier, quel qu'il ſoit.

192. Le retrait lignager peut être exercé même ſur le Seigneur de qui l'héritage releve, & qui l'a retiré par le droit de retrait féodal, & à plus forte raiſon lorſqu'il en eſt directement l'acheteur. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 365, & pluſieurs autres en ont des diſpoſitions.

Il n'en eſt pas de même du retrait conventionnel: celui qui s'eſt retenu ce droit ſur un héritage, étant fondé dans une clauſe expreſſe d'aliénation par laquelle il ſe réſerve le droit de retrait toutes les fois que cet héritage ſera vendu, ſans aucune diſtinction des perſonnes auxquelles il ſera vendu, il doit être préféré aux lignagers. Loyſel, L. 3, *tit.* 5, *art.* 4, en a fait une maxime: *Retrait lignager*, dit-il, *eſt préféré au ſeigneurial, & le conventionnel à tous autes.*

193. Mon pere, par ſon teſtament, a défendu qu'un certain héritage de ſa ſucceſſion fût aliéné hors de ſa famille; & au cas où il ſeroit aliéné hors de ſa famille, il a déclaré qu'il le léguoit à Pierre: j'ai contre ces défenſes vendu cet héritage à Jacques qui eſt étranger; mon lignager, qui exerce le retrait ſur Jacques, doit-il être préféré à Pierre, qui eſt auſſi un étranger, ou eſt-ce Pierre qui doit lui être préféré? Tiraqueau, *quæſt.* 29, *ad fin. tit.* décide que c'eſt Pierre qui doit être préféré; car les donations, ſoit entre-vifs, ſoit teſtamentaires, n'étant pas ſujettes au retrait, & étant permis à chacun de mettre ſes héritages propres hors de ſa famille à ces titres, la diſpoſition teſtamentaire portée au profit de Pierre par le teſtament de mon pere, eſt valable, & Pierre a droit de réclamer cet héritage qui lui a été légué, la condition ſous laquelle il lui a été légué ſe trouvant accomplie: le droit de retrait auquel la vente que j'ai faite à Jacques a donné ouverture, ne donne à mes lignagers de droit que contre l'acquéreur, & non contre Pierre, qui, pour revendiquer cet héritage, a un titre qui n'eſt pas ſujet à leur droit de retrait. Tiraqueau rapporte comme une objection de ceux qui ſont de l'opinion contraire, que nul ne peut valablement ordonner que la vente que lui ou ſes héritiers feront d'un héritage, ne donnera pas ouverture au retrait.

La réponſe eſt que mon pere n'a pas ordonné cela par la diſpoſition ci-

deſſus rapportée : il n'a voulu faire autre choſe que léguer ſon héritage à Pierre, & il a mis pour condition à ce legs la vente qui ſeroit faite de ſon héritage : il n'a fait que ce qu'il étoit en droit de faire, puiſqu'il pouvoit le lui léguer purement & ſimplement. Si les lignagers ne peuvent pas profiter en ce cas du droit de retrait, ce n'eſt donc pas que la vente faite à Jacques par elle-même n'y donne ouverture ; car ils l'exerceroient utilement ſi Pierre répudioit ſon legs, ou ſi par ſon prédécès ou une incapacité ſurvenue, il ne pouvoit le recueillir.

Il me ſemble qu'on pourroit faire une objection plus conſidérable contre la déciſion de Tiraqueau, qui ſeroit de dire, que la condition de la ſubſtitution faite au profit de Pierre, étant la vente de l'héritage faite hors de la famille, cette condition ne doit être cenſée accomplie que dans le cas auquel la vente ſubſiſteroit dans la perſonne de l'acquéreur étranger ; mais qu'étant transférée par le retrait à une perſonne de la famille, cette vente n'eſt pas une vente faite hors de la famille, qui ne peut par conſéquent faire exiſter la condition ſous laquelle le legs a été fait à Pierre : que cette interprétation paroît conforme à l'eſprit du teſtateur qui a préféré ſa famille au légataire, & ce légataire aux ſeuls étrangers. La réponſe eſt, qu'on ne doit pas ſans néceſſité s'écarter des termes du teſtament : or, ſuivant ces termes, il ſuffit qu'il y ait eu une vente faite hors de la famille, pour que ce contrat ait fait auſſi-tôt exiſter la condition, & fait acquérir le droit à Pierre, lequel lui étant une fois acquis, ne peut lui être ôté par le retrait qui interviendroit dans la ſuite.

194. On a fait la queſtion ſi le retrait lignager pouvoit être exercé ſur le Roi. Jean Lecoq, cité par Tiraqueau, rapporte un ancien Arrêt qui a jugé pour la négative ; Loyſel en a fait une maxime, L. 3, *tit.* 5, *art.* 11 ; Grimaudet, III, 5, eſt du même avis. La raiſon eſt que le Roi, en confirmant par ſon autorité les Coutumes des différentes Provinces de ſon Royaume, qui ont établi le droit de retrait, leur a donné force de loi vis-à-vis de ſes peuples ; mais il ne doit pas être cenſé s'y être aſſujetti lui même : *Princeps eſt ſolutus legibus*, L. 31, ff. *de legib.* Il eſt vrai que par la Charte-Normande, le Roi accorde le retrait lignager ſur lui ; mais on pourroit dire que c'eſt un privilege particulier à la Province de Normandie.

Néanmoins il y a des Auteurs qui penſent que le retrait peut être exercé ſur le Roi, lorſque l'acquiſition qu'il a faite n'eſt pas pour cauſe d'utilité publique ; parce que, encore que le Prince ne ſoit pas proprement ſujet à ſes loix, néanmoins il veut bien s'y aſſujettir, ſuivant ces belles paroles de Théodoſe en la Loi 4, *Cod. d. tit. Digna vox eſt Majeſtate regnantis legibus alligatum ſe Principem profiteri, adeò de auctoritate juris noſtra pendet auctoritas ; & reverà majus imperio eſt legibus ſubmittere principatum.*

195. Dans les Coutumes qui donnent la préférence au lignager, quoique plus éloigné, qui a prévenu ; & même dans celles qui ne la lui accordent qu'après que le retrait a été exécuté à ſon profit, on doit décider à plus forte raiſon, que lorſqu'un lignager a acheté directement, les autres lignagers, quoique plus prochains en degré que lui, ne peuvent exercer le retrait ſur lui. Il en eſt de même ſi l'héritage ayant été vendu à un étranger, cet héritage,

avant aucune demande en retrait, a passé à quelque titre que ce soit, à un lignager : delà cette maxime de Loysel, *art. 9 : Lignager sur lignager n'a point de retenue.*

196. Lorsqu'un héritage est vendu à un étranger pendant sa communauté de biens avec une femme lignagere, le retrait ne peut être exercé sur l'acheteur, quoiqu'étranger, tant que la communauté dure. La raison est que l'union du mariage, jointe à la communauté de biens qui est entre le mari & la femme, les fait regarder comme n'étant, par rapport aux biens de la communauté, qu'une seule personne ; ce que les Coutumes expriment par ces termes dont elles se servent : sont *uns & communs, &c.* ; d'où il suit que le mari, quoiqu'il soit de son chef étranger de la famille, & du chef de sa femme lignagere, réputé en quelque façon de la famille du vendeur tant que dure cette communauté ; l'héritage étant donc censé n'être pas encore sorti de la famille, il n'y a pas lieu au retrait tant que la communauté dure ; mais après la dissolution de la communauté, il y aura lieu au retrait de la portion du mari étranger, ou de ses héritiers étrangers ; c'est celui qu'on appelle *retrait de mi-denier*, dont nous devons traiter *infrà*, au Chapitre 13.

197. Quoique l'acheteur soit étranger, s'il a des enfans lignagers, retrait n'a lieu ; *Paris, art.* 156 ; *Orléans, art.* 403. Loysel en a fait une maxime, *L.* 3, *t.* 5, *art.* 29 ; la raison est, que suivant la Loi 11, ff. *de lib. & posthum.*, les biens des peres étant censés en quelque façon les biens des enfans, qui, selon l'ordre & le vœu de la nature, y doivent un jour succéder à leur pere ; en ce cas n'est pas censé être mis hors de la famille, devant y être conservé par les enfants lignagers qui y succéderont.

Cette raison milite à l'égard des enfans en quelque degré qu'ils soient. C'est pourquoi on ne doit pas douter que dans ces dispositions de Coutumes, le terme d'*enfans* comprend les petits-enfans.

198. Comme c'est cette espérance qui empêche que la vente faite à cet étranger, ne donne ouverture au retrait, aussi-tôt que cette espérance cesse, *quasi remoto impedimento*, la vente faite à cet étranger commence à y donner ouverture. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 403, en apporte un exemple ; car après avoir dit : *Quand celui qui n'est en ligne a des enfans qui sont en ladite ligne, retrait n'a lieu*, elle ajoute : *mais s'il revend l'héritage, il sera sujet à retrait ;* ce qui doit s'entendre sur la vente qui lui en a été faite. La raison est, que l'espérance que les enfans lignagers succéderoient à cet héritage à leur pere venant à cesser par l'aliénation que l'acheteur en a faite, la vente faite à cet acheteur étranger doit commencer à donner ouverture au retrait lignager qui n'avoit été arrêté & empêché que par cette espérance.

Ce cas de revente faite par l'acheteur, n'est rapporté en l'article ci-dessus cité, que comme un exemple de notre regle : c'est pourquoi dans tous les autres cas auxquels l'espérance de la conservation de l'héritage dans la famille cessera, on doit pareillement décider que la vente commencera à donner ouverture au retrait.

De-là il suit que la vente faite à un étranger qui a des enfans lignagers, doit donner ouverture au retrait, non-seulement lorsqu'il le revend à un étranger, mais lorsqu'il l'aliene à quelqu'autre titre que ce soit, comme de donation ou de legs.

Pareillement, elle y doit donner ouverture lorſque tous les enfans lignagers de cet acheteur étranger viennent à le prédécéder, ou lorſque l'ayant ſurvécu, ils ont renoncé à ſa ſucceſſion; & le temps du retrait doit en ce cas commencer du jour du prédécès du dernier, ou de ſa renonciation, ſans qu'il ſoit beſoin de formalités particulieres pour les rendre publics; Loyſel, *ibid.* 31.

Elle y doit pareillement donner ouverture, lorſque cet acheteur ayant des enfans de différens mariages, l'héritage tombe par le partage au lot de ceux qui ne ſont pas lignagers.

199. Cette diſpoſition des Coutumes qui empêche le retrait lorſque l'acheteur étranger a des enfans lignagers qui ont eſpérance d'y ſuccéder un jour, étant établie en faveur des enfans, on a jugé qu'elle ne devoit empêcher le retrait qu'à l'égard des autres lignagers, & que ces enfans y doivent être admis, s'ils jugeoient à propos de l'exercer ſur leur pere, ſuivant cette regle: *Quod in favorem alicujus introductum eſt, non debet eum retorqueri.* C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt rapporté par Bardet, *liv.* 8, *chap.* 42.

200. Lorſque l'acheteur eſt lignager du vendeur par rapport à une partie des choſes compriſes au contrat, & étranger par rapport à d'autres; comme lorſque mon parent paternel m'a vendu par un même contrat, & pour un même prix des héritages de ma ligne, & des propres maternels; en ce cas, ſuivant le Droit commun, il doit y avoir lieu au retrait ſur cet acheteur, pour les héritages deſquels il eſt étranger, ſans qu'on puiſſe retirer ſur lui, malgré lui, ceux qui ſont de ſa ligne; & il n'importe qu'ils faſſent la plus grande ou la plus petite partie de l'acquiſition, mais il peut, pour ſon indemnité, obliger le retrayant de retirer le tout, lorſqu'il eſt vraiſemblable qu'il n'eût pas acheté l'un ſans l'autre.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 396, a ſuivi en ce cas un principe particulier: elle exclut en ce cas le retrait, lorſque la portion pour laquelle l'acquéreur eſt étranger, eſt moindre que celle qui eſt de ſa ligne. Au contraire, lorſque la portion pour laquelle il eſt étranger eſt la plus forte, elle admet le lignager à retraire le total, même ce qui n'eſt pas de ſa ligne, la plus forte partie attirant en ce cas la plus foible. Lorſque les parties ſont égales, il y a lieu au retrait, mais ſeulement de la partie pour laquelle l'acheteur eſt étranger, à moins qu'il ne voulût, pour ſon indemnité, délaiſſer le total; *Voyez nos Notes ſur la Coutume d'Orléans, art.* 396.

CHAPITRE VI.

Comment le Retrait peut-il s'exercer; & s'il peut s'exercer pour partie de ce qui eſt contenu au Contrat.

ON peut, ſur cette queſtion, ſuppoſer trois différens cas; le premier, lorſque tous les héritages compris au contrat ſont de la ligne du retrayant; le ſecond, lorſqu'un héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat, & pour un même prix, avec d'autres qui ſont d'une autre ligne, ou

qui ſont acquêts; le troiſieme, lorſque l'héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat & pour un même prix, avec un autre héritage dont le retrayant eſt propriétaire.

Premier Cas,

201. Lorſque tous les héritages compris en un contrat de vente ſont de la ligne du retrayant, tous conviennent que le retrayant n'eſt pas admis à exercer le retrait pour partie contre l'acquéreur du total, qu'il doit les retirer tous, & prendre le marché en entier.

Cette déciſion a lieu même dans le cas auquel le temps du retrait ſeroit paſſé pour quelques-uns des héritages compris au marché, & dureroit encore à l'égard des autres. Suppoſons, par exemple, que les héritages ſont ſitués en différentes Juriſdictions; l'année depuis l'inſinuation faite dans la Juriſdiction où eſt ſitué l'un des héritages, eſt paſſée, & l'on a omis de la faire dans la Juriſdiction où l'autre héritage eſt ſitué; le retrayant ne ſera pas admis au retrait de cet héritage ſeul ſi l'acquéreur ne veut pas lui délaiſſer l'un ſans l'autre. Le lignager ne peut pas, pour ſe diſpenſer de retirer l'héritage à l'égard duquel l'acquéreur a ſatisfait à l'inſinuation, alléguer que le temps de le retirer eſt paſſé; car ce n'eſt pas en faveur du lignager, mais en faveur de l'acquéreur, que la Coutume a preſcrit ce temps.

Ce lignager qui peut être obligé en ce cas de retirer le tout, peut-il de même en ce cas obliger l'acquéreur à ſouffrir le retrait du tout? Quelques Coutumes ont décidé pour l'affirmative. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, en a une diſpoſition; mais dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliqués, il me paroît qu'on doit décider que l'acquéreur peut, ſi bon lui ſemble, ne délaiſſer que l'héritage à l'égard duquel le temps du retrait dure encore, & retenir celui à l'égard duquel le temps du retrait eſt paſſé. En vain dit-on que le retrait d'un marché eſt individu; car c'eſt en faveur de l'acheteur qu'il eſt individu, afin qu'il ſoit indemniſé: or on ne peut retorquer contre lui ce qui a été établi en ſa faveur.

202. Tiraqueau, *ad fin. tit. Q.* 12, a donné dans une extrémité oppoſée; car du principe que le retrait d'héritage compris dans un marché eſt individu, il en a tiré cette conſéquence, que le lignager qui a laiſſé paſſer le temps du retrait pour une partie des héritages compris au marché, ne peut plus rien retirer du tout; car, dit-il, n'ayant droit de retirer que le tout, ne lui étant pas permis de retirer pour partie, il ſuffit qu'il y ait quelque choſe qu'il ne puiſſe pas retirer, pour qu'il ne puiſſe retirer rien du tout. Il apporte pour exemple une vente qui auroit été faite pour un ſeul & même prix d'héritages dont partie ſeroit ſituée en Bretagne, l'autre en Poitou; il prétend qu'auſſi-tôt que l'acheteur eſt exclus du retrait pour les héritages qui ſont ſitués en Bretagne par le laps du mois que cette Coutume preſcrit pour le temps du retrait, il eſt exclus auſſi de ceux ſitués en Poitou, quoiqu'il ſoit encore dans l'année que la Coutume accorde par le retrait. Cette déciſion de Tiraqueau ne me paroît pas juſte, & ſon raiſonnement eſt un pur ſophiſme. L'indiviſibilité du droit de retrait n'eſt pas une indiviſibilité *d'obligation*; le droit des lignagers n'eſt pas une créance indiviſible *obligatione*. L'indiviſibilité de ce droit ne concerne

cerne que ſon exécution, ce n'eſt qu'une indiviſibilité *ſolutione*. C'eſt ce qui réſulte des principes ſur les obligations diviſibles & indiviſibles que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *part.* 2, *chap.* 4, *ſect.* 2. Car ſuivant ces principes, un droit de créance n'eſt indiviſible que lorſqu'il a pour objet quelque choſe d'indiviſible, c'eſt-à-dire, quelque choſe qui ne ſoit pas ſuſceptible de parties ni réelles, ni intellectuelles: or, le marché qui fait l'objet du droit de retrait, & auquel les lignagers ont droit de demander à être ſubrogés, n'eſt pas une choſe indiviſible; puiſque ce marché a pour objet des choſes très-diviſibles, & que ce droit de retrait ſe diviſe en effet lorſqu'il y a pluſieurs acquéreurs, ou que l'acquéreur a laiſſé pluſieurs héritiers, *ſuprà*, *n.* 25.

Le droit de retrait eſt donc un droit diviſible *obligatione*, & par conſéquent rien n'empêche qu'il puiſſe s'éteindre pour partie des héritages contenus au marché, & ſubſiſter pour l'autre partie; l'indiviſibilité de ce droit ne concerne que ſon exécution, en ce que l'acquéreur ſur qui le retrait eſt exercé, peut obliger le lignager à prendre le marché en entier, & à retirer tout ou rien. La raiſon de ceci eſt que le retrait ne peut s'exercer qu'à la charge d'indemniſer l'acquéreur ſur qui il s'exerce; & que cet acquéreur ne ſeroit pas parfaitement indemniſé, ſi on ne lui retiroit qu'une partie des choſes compriſes au marché, & qu'on lui laiſſât les autres qu'il n'eût pas voulu acheter ſans celles qu'on lui retire. Mais de cette indiviſibilité du droit de retrait dans ſon exécution, il ne s'enſuit autre choſe, ſinon que l'acquéreur peut, pour ſon indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ou rien; & il ne s'enſuit nullement que l'extinction du droit de retrait pour une partie des choſes compriſes au marché, doive entraîner l'extinction de ce droit pour le ſurplus.

203. Le principe que le retrait d'héritages d'une même ligne compris dans un même marché, ne s'exerce que pour le total, ſouffre exception dans la Coutume de Bretagne.

Elle permet, *art.* 308, au lignager qu'elle appelle *preſme*, de retirer une partie de ce qui eſt compris dans un contrat de vente, lorſqu'il affirme n'avoir pas le moyen de retirer le tout, & que ce qui eſt compris au contrat peut commodément ſe partager.

204. Par-tout ailleurs il ne peut y avoir de difficulté que ſur la queſtion de fait, ſi les héritages ont été vendus par un ſeul & même contrat de vente, ou par différens contrats de vente.

Etant de l'eſſence du contrat de vente qu'il y ait une choſe qui ſoit vendue, & un prix pour lequel elle ſoit vendue, lorſque tous les héritages ont été vendus pour un ſeul & même prix, il n'y a qu'un ſeul contrat de vente; & par conſéquent le retrayant ne peut être admis au retrait, s'il ne les retire tous: au contraire ſi chaque héritage a été vendu quoique par même charte, pour un prix ſéparé; y ayant autant de prix que d'héritages, il y a autant de contrats de vente qu'il y a d'héritages, & le lignager peut retirer l'un de ces héritages, ſans retirer les autres; *Arg.* L. 34, §. 1, ff. *de Ædil. ed.*

205. Lorſqu'on a aſſigné d'abord à chaque héritage un prix ſéparé, quoiqu'à la fin de l'acte tous ces prix aient été aſſemblés en une ſomme, il ne laiſſe pas d'y avoir autant de contrats de vente que d'héritages, & en conſéquence le retrayant doit être admis à retirer l'un d'eux ſans les autres; comme lorſqu'il

eſt dit par le contrat, qu'on a vendu une telle métairie pour la ſomme de dix mille livres, une telle maiſon pour la ſomme de ſix mille livres, & un tel pré pour la ſomme de deux mille livres, toutes leſquelles ſommes font celle de dix-huit mille livres que l'acheteur s'oblige à payer, *&c.*

Vice versâ, lorſqu'on a aſſigné d'abord un ſeul prix pour tous les héritages compris au marché, qui a été réparti enſuite par le même acte en différentes ſommes pour le prix de chaque héritage; comme lorſqu'il eſt dit qu'on vend tels héritages pour le prix de vingt mille livres; ſçavoir, un pour douze, & l'autre pour huit mille livres; Tiraqueau, *ibid. n.* 21, penſe qu'il y a pareillement dans ce cas autant de ventes que d'héritages, & que les lignagers doivent être admis à retirer l'un ſans l'autre. Ce cas-ci néanmoins pourroit ſouffrir un peu plus de difficulté que le précédent; car tous les héritages ayant été vendus d'abord pour un ſeul & unique prix, on pourroit dire que l'intention des parties a été de ne faire qu'une vente de tous les héritages, & que la répartition du prix qui a été faite enſuite ſur chaque héritage, n'eſt qu'une ſimple ventilation.

Néanmoins je penſe qu'on doit s'en tenir à la déciſion de Tiraqueau; & que la diſtribution du prix eſt une preuve de la volonté qu'ont eue les parties de faire pluſieurs ventes, à moins qu'il ne ſoit porté par l'acte, que cette diſtribution s'eſt faite pour une autre cauſe.

206. Quelquefois, quoique pluſieurs héritages aient été vendus pour des prix ſéparés par même charte, l'acte eſt préſumé ne renfermer qu'un ſeul & unique contrat de vente de tous ces héritages, & en conſéquence le retrait n'eſt pas admis de l'un ſans les autres. On doit le préſumer ainſi, lorſque ces héritages ſont de nature à ne pouvoir pas être ſéparés les uns des autres, ſans qu'ils en fuſſent conſidérablement dépréciés, & tels que vraiſemblablement l'acheteur n'eût pas acheté les uns ſans les autres. On préſume en ce cas que les parties, en aſſignant à chaque héritage des prix différens, n'ont pas eu pour cela intention de faire différentes ventes, mais ſeulement de faire une ventilation du prix pour lequel tous ces héritages étoient vendus par un ſeul & même contrat de vente; *facit*, L. 34, §. 1, ff. *de Ædil. edict.*

207. Tiraqueau & Grimaudet rapportent un autre cas auquel quoique des héritages aient été aliénés pour des prix ſéparés, il n'y a pas pour cela pluſieurs ventes, & le retrait ne peut en conſéquence être admis de l'un de ces héritages ſans les autres. C'eſt le cas auquel un débiteur d'une dette unique & indiviſe d'une certaine ſomme d'argent, donne à ſon créancier, en paiement de cette ſomme, pluſieurs héritages, chacun pour différens prix, qui tous enſemble montent à la ſomme due. Quoique par cet acte chacun des héritages ſoit donné en paiement pour un prix différent, néanmoins cet acte n'eſt pas cenſé renfermer pluſieurs actes, mais un ſeul acte de dation en paiement, par lequel tous les héritages qui y ſont compris, ſont donnés en paiement de la dette: cet acte ne donne par conſéquent ouverture qu'à un ſeul retrait de tous les héritages qui y ſont compris. La raiſon eſt que le paiement d'une dette indiviſe ne devant ſe faire que pour le total, & le créancier n'étant pas obligé de recevoir des paiemens partiels, il eſt vraiſemblable que le créancier, en recevant ces héritages, quoique pour différens prix en paiement de ſa dette, n'a entendu recevoir qu'un ſeul & même paiement de toute ſa dette; la ſomme unique qui

étoit due au créancier, a été un prix unique pour lequel tous ces héritages ont été donnés en paiement de la dette; les différens prix assignés à chaque héritage, n'en sont que la répartition.

208. Quoique lorsqu'un acte renferme plusieurs contrats de vente de différens héritages faits pour des prix separés, le lignager puisse retirer l'un de ces héritages sans retirer les autres, néanmoins s'il a donné une demande générale & indéfinie en retrait des héritages compris dans cet acte, la Coutume de Tours, *art.* 180, ne lui permet pas de la restreindre, & veut qu'en ce cas il soit tenu de retirer tout ou rien.

Je pense que cette disposition n'est pas fondée en bonnes raisons, & qu'elle ne doit pas être suivie hors de son territoire: l'exploit de demande renferme autant d'actions en retrait qu'il y a de contrats de ventes qui y ont donné ouverture, lesquelles actions en retrait pour être contenues *uno eodemque libello*, n'en sont pas moins des actions distinctes & séparées: c'est pourquoi rien n'empêche que le retrayant ne puisse suivre l'une de ces actions, & abandonner les autres.

Second Cas.

209. Lorsqu'un héritage d'une certaine ligne a été, par un même contrat & pour un même prix, vendu avec d'autres héritages d'autres lignes, ou même avec des acquêts & autres choses qui ne sont pas susceptibles de retrait lignager, alors le lignager, suivant presque toutes les Coutumes, n'a le droit d'exercer le retrait que de l'héritage de sa ligne, comme nous l'avons vu *suprà*, *ch. 3*, *art. 3*. Il n'en faut excepter que quelques Coutumes particulieres, telle que notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, qui donnent au lignager le droit de retirer avec l'héritage de sa ligne tout ce qui est compris au marché. Mais quoique le lignager n'ait le droit de retirer que l'héritage de sa ligne, l'acquéreur peut-il pour son indemnité l'obliger à retirer tout ou rien? Les Coutumes ont varié sur cette question. Suivant le droit le plus commun, l'acquéreur sur qui le retrait est exercé, & qui n'eût pas voulu acheter les autres choses comprises au marché sans celles dont on exerce le retrait, peut pour son indemnité obliger le retrayant à retirer le tout ou rien; Melun, 150; Mantes, 81; Peronne, 246; Touraine, 178, *&c.* Loysel, *Traité des Retraits*, en a fait deux maximes: *Retrait ne se reconnoît à quartier*, Max. 35. *Et pour ce, quand plusieurs héritages sont vendus par un même contrat, & pour un même prix, desquels les uns sont sujets à retrait, les autres non, il est au choix de l'acquéreur de délaisser le tout, ou ceux de sa ligne seulement;* Max. 36, *ibid.*

En cela le retrait lignager differe du seigneurial; car dans celui-ci, *le Seigneur n'est contraignable reprendre ce qui n'est de son fief;* Loysel, *ibid.*; Max. 37. La Coutume de Tours, *art.* 178, observe expressément cette différence.

La raison de cette différence est, que le retrait féodal appartenant au Seigneur en vertu d'un droit retenu, du moins implicitement par l'inféodation, il ne doit pas être au pouvoir du vassal d'y donner atteinte, & d'en rendre l'exercice plus difficile, en vendant d'autres choses par le même marché avec son fief; au lieu que le retrait lignager n'étant accordé que par une pure grace de la Loi, cette grace ne doit pas donner atteinte à la liberté naturelle que chacun

doit avoir de disposer de ses biens, de la maniere que bon lui semble, ni par conséquent empêcher que je ne puisse pour ma commodité vendre par un même contrat & pour un même prix mon héritage sujet au retrait avec d'autres choses; & l'acquéreur qui ne les auroit pas achetées sans l'héritage qu'on lui retire, doit pour son indemnité pouvoir contraindre le retrayant à prendre tout ou rien.

210. Tel est le droit commun. Néanmoins il y a quelques Coutumes qui plus favorables au retrait lignager, & pour n'en point gêner l'exercice, s'en sont écartées. Telle est la Coutume de Meaux, laquelle après avoir dit en l'*art.* 104, que l'acheteur *n'est tenu de recevoir le retrayant pour partie des héritages vendus ensemblement*, ajoute en l'article suivant, *si ce n'étoit que l'acheteur n'eût acheté des héritages* (d'une ligne) *dont le retrayant ne fût venu; car en ce cas l'acheteur ne seroit contraint les délaisser, ni le retrayant les prendre s'il ne lui plaisoit.*

La Coutume de Laon, *art.* 239, dit que le retrayant ne doit être contraint à prendre ce qui n'est pas de la ligne; mais elle apporte ce tempérament, *sinon que l'acheteur eût grand & notable intérêt & incommodité de laisser l'une des choses sans l'autre.*

211. De cette variété de Coutumes naît une question: Mon parent a vendu par un même marché & pour un même prix un héritage de ma ligne, situé sous la Coutume de Melun, avec un acquêt situé sous celle de Meaux; puis-je en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne, situé sous la Coutume de Melun, qui permet à l'acquéreur d'obliger le retrayant à retirer tout ou rien, être contraint par l'acquéreur à retirer aussi l'héritage situé sous la Coutume de Meaux, qui n'impose pas une pareille obligation au retrayant? Pour la négative on dira que les dispositions des Coutumes ne sont faites qu'à l'égard des héritages situés dans leur territoire; par conséquent la disposition de la Coutume de Melun, qui oblige le retrayant, lorsque l'acquéreur le requiert, à retraire avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, tous ceux qui ont été vendus par un même marché, ne peut concerner que les héritages vendus par un même marché, qui sont situés dans son territoire; & elle ne peut obliger le retrayant à les prendre s'ils sont hors de son territoire. Pour l'opinion contraire, on dit que la raison ultérieure pour laquelle les Coutumes ne disposent qu'à l'égard des héritages qui sont situés dans leur territoire, est parce qu'elles ne peuvent exercer d'empire hors de leur territoire. Mais la Coutume de Melun, en ordonnant que le retrayant sera tenu de prendre avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, ceux qui ont été vendus par un même marché, n'exerce son empire que sur l'héritage dont elle accorde le retrait; elle n'en exerce aucun sur ceux qui ont été vendus par un même marché; elle ne donne aucun droit sur ces héritages; elle ne les rend pas sujets au retrait, puisque l'acheteur est maître de les garder, s'il le juge à propos. La Coutume de Melun ne fait autre chose par cette disposition, que d'apposer des conditions au droit de retrait qu'elle accorde: or on ne peut disconvenir qu'ayant été au pouvoir de la Loi de Melun d'accorder ou de ne pas accorder le retrait des héritages situés dans son territoire, il a dû pareillement être en son pouvoir d'y apporter telles conditions qu'elle a jugé à propos, & par conséquent celle de prendre les héritages vendus par le même marché, quelque part qu'ils soient situés. J'incline à cette seconde opinion.

212. *Vice versâ*, ſi l'héritage de ma ligne eſt ſitué ſous la Coutume de Meaux, je pourrai le retirer ſans retirer en même temps ce qui eſt ſitué ſous la Coutume de Melun; car c'eſt à la Coutume où l'héritage de ma ligne eſt ſitué, & qui en accorde le retrait, à régler les conditions ſous leſquelles elle l'accorde.

Troisieme Cas.

213. Lorſque mon parent a vendu pour un ſeul & même prix ſon héritage avec un autre héritage qui m'appartient, on demande ſi, en revendiquant mon héritage qui a été vendu avec celui de mon parent, je pourrois exercer le retrait de celui de mon parent, en rendant ſeulement partie du prix & des loyaux-coûts du marché à proportion? La raiſon de douter eſt que perſonne ne peut être obligé à l'impoſſible: il eſt impoſſible *per rerum naturam* d'être acheteur de ſa propre choſe; L. 16, ff. *de cont. empt.*; & c'eſt ſe rendre acheteur que d'exercer le retrait. Je ne puis donc pas en exerçant le retrait de l'héritage de mon parent, qu'il a vendu par un même marché avec le mien, être obligé d'exercer le retrait du mien; & dès que je n'exerce le retrait que pour partie de ce qui eſt contenu au marché, je ne puis être obligé au rembourſement du prix & des loyaux-coûts du marché, que pour cette partie, ſauf à l'acheteur d'avoir ſon recours de garantie contre le vendeur, pour l'héritage qui m'appartient, & qu'il lui a vendu. Nonobſtant ces raiſons, on doit décider avec Tiraqueau, §. 23, *gl.* 1, *n.* 22, & Grimaudet, 1, 10, que ſi l'acheteur a acheté de bonne foi l'un & l'autre héritage par un même marché, je ne puis être admis au retrait de l'héritage de mon parent, qu'en indemniſant l'acquéreur de tout le prix & de tous les loyaux-coûts du marché, ſauf mon recours contre le vendeur qui a vendu mal-à-propos un héritage qui m'appartenoit, & en a touché le prix. La raiſon de cette déciſion eſt, que lorſque j'exerce le retrait de l'héritage de mon parent, quoique je ne puiſſe pas proprement être cenſé exercer auſſi le retrait de celui qui m'appartient, qui lui a été vendu par le même marché, & que l'acheteur ſoit obligé de me délaiſſer ſur la revendication que j'en forme, il ſuffit qu'il ne reſte rien à cet acheteur de ce qui étoit contenu au marché pour lequel j'exerce le retrait, pour que je doive lui rembourſer tout le prix & tous les loyaux-coûts de ce marché; car je dois le rendre parfaitement indemne, & ce ne ſeroit pas le rendre indemne, que de le renvoyer à exercer un recours contre le vendeur, pour le prix de l'héritage qui m'appartient. *Nec obſtat* que je n'exerce pas le retrait de celui-ci; car lorſque quelqu'une des choſes compriſes au marché eſt périe, quoique je ne puiſſe pas exercer le retrait de cette choſe qui n'exiſte plus; néanmoins ſi j'exerce le retrait du ſurplus, je dois rendre à l'acheteur tout le prix & tous les loyaux-coûts du marché; parce qu'il ſuffit qu'il ne lui reſte rien du marché, pour qu'il doive être rembourſé du total, devant être rendu parfaitement indemne.

214. Grimaudet, 1, 10, apporte une exception à cette déciſion, dans le cas auquel l'acheteur auroit, en achetant, connoiſſance que l'héritage qui lui a été vendu conjointement avec celui de mon parent m'appartenoit; en ce cas l'acheteur ayant par mauvaiſe foi laiſſé comprendre dans le marché l'héritage qu'il ſçavoit m'appartenir, il n'eſt pas recevable à répéter contre moi, lorſque

j'exerce le retrait, les loyaux-coûts du marché pour raiſon du mien, & il doit être renvoyé contre le vendeur.

CHAPITRE VII.

Dans quel temps doit s'exercer le Retrait lignager.

215. IL étoit de l'intérêt public, en accordant aux parens du vendeur le droit de retrait lignager, de leur fixer un temps court dans lequel ils duſſent l'exercer, afin que les acheteurs ne fuſſent pas trop long-temps empêchés par la crainte du retrait, d'améliorer leurs héritages.

Il faut voir, 1°. quel eſt ce temps; 2°. de quand il commence à courir; 3°. quand le lignager eſt cenſé exercer le retrait dans le temps preſcrit.

ARTICLE PREMIER.

Quel eſt le temps réglé par les Coutumes dans lequel le retrait doit être exercé.

216. Les Coutumes ont différemment réglé ce temps: celle d'Auvergne le fixe à trois mois du jour de la priſe de poſſeſſion réelle par l'acheteur: celle de Bourbonnois accorde un pareil temps pour le retrait des immeubles corporels, & ſix mois pour celui des droits incorporels; celle de Berry n'accorde que ſoixante jours depuis le contrat: pluſieurs Coutumes de Flandre n'en accordent que quarante depuis la publication du contrat en juſtice. Il y en a une qui accorde dix-ſept jours & dix-ſept nuits, depuis *le veſt*, c'eſt-à-dire, depuis que l'acheteur s'eſt fait enſaiſiner.

Le plus grand nombre des Coutumes a fixé ce temps à un an.

217. Pluſieurs, telles que celles de Paris & d'Orléans, diſent *dans l'an & jour;* mais par ces termes *& jour*, il ne faut pas croire qu'elles accordent un jour de plus que les Coutumes qui diſent ſimplement *dans l'année;* elles n'ont entendu autre choſe, ſinon qu'elles accordent le terme d'un an, *non compris le jour du terme* duquel le temps doit courir; & elles décident par-là la fameuſe queſtion agitée autrefois par des anciens interpretes, *an dies termini debeat computari in termino.*

Par exemple, dans notre Coutume d'Orléans, dans laquelle le temps de retrait court du jour de l'inſinuation du contrat; ſi j'ai acheté un héritage le premier Mai 1770, & que le contrat ait été inſinué le même jour; quoique le dernier jour de l'année en la commençant au premier Mai 1770, ſoit le dernier jour d'Avril 1771, néanmoins la famille a encore tout le jour du premier Mai 1771; parce que la Coutume qui ne veut pas que le jour du premier Mai qui eſt le jour du terme duquel l'année a commencé à courir ſoit compté, accorde un jour après la révolution de l'année, qui tient lieu du premier jour du terme qui ne doit pas être compté.

Mais il ne ſeroit plus temps le ſecond de Mai ; *Voyez pluſieurs Arrêts cités par Dupleſſis & ſes Annotateurs.*

218. Cet an & jour que les Coutumes accordent pour le temps du retrait, eſt une eſpace de trois cents ſoixante-cinq jours, non compris le jour du terme. Ce temps ſe compte par jour & non par momens ; c'eſt pourquoi il n'importe en quel temps de la journée l'inſinuation du contrat ait été faite ; quand même elle auroit été faite le premier jour de Mai 1770, avant midi, la famille n'en aura pas moins toute la journée du premier Mai 1771, juſqu'au ſoir pour exercer le retrait.

219. Obſervez auſſi que ſi l'année eſt une année biſſextile, le jour intercalaire, qui eſt le 29 de Février, n'eſt pas compté dans les trois cens ſoixante-cinq jours : il eſt cenſé, lorſqu'il eſt queſtion de compoſer une année, ne faire qu'un même jour avec le jour précédent.

220. Il nous reſte à obſerver que le temps preſcrit par les Coutumes pour le retrait, ne peut être reſtreint ni prorogé par la convention des parties.

Il eſt évident qu'il ne peut être reſtreint, puiſque les parties ne peuvent pas donner atteinte au droit de retrait, ſuivant que nous l'avons vu au Chapitre 1, §. 2.

Il ne peut non plus être prorogé en tant que le retrait lignager a un temps plus long que celui fixé par la Coutume ; parce que les preſcriptions étant de droit public, leur forme & par conſéquent le temps de leur durée, ne peuvent être changés par les conventions des particuliers, ſuivant la regle : *Privatorum pactis juri publico derogari non poteſt.*

Mais rien n'empêche qu'une perſonne, en vendant ſon héritage, ne puiſſe le vendre à la charge du retrait au profit de ſa famille, pendant un temps plus long que celui réglé par les Coutumes pour le retrait lignager ; parce que ce retrait à la charge duquel il vend ſon héritage, eſt un retrait conventionnel qui n'eſt ſujet ni au temps, ni aux formalités du retrait lignager.

ARTICLE II.

De quand commence à courir le temps réglé pour exercer le retrait.

221. Pour que le temps du retrait puiſſe commencer à courir, il faut avant toutes choſes que le droit de retrait ſoit ouvert & puiſſe être exercé, *Voyez ſur l'ouverture du retrait*, ſuprà, *chap.* 4, *art.* 4.

Il faut de plus que tout ce que la Coutume du lieu où l'héritage eſt ſitué, & l'Edit des inſinuations exigent pour faire courir le temps du retrait, ait été obſervé.

Enfin il faut qu'il ne ſe rencontre aucune autre cauſe qui empêche le temps du retrait de courir.

§. I.

De ce qui eſt requis par les différentes Coutumes & par l'Edit des Inſinuations, pour faire courir le temps du retrait.

222. Les Coutumes ſont fort différentes entr'elles, ſur ce qu'elles exigent pour faire courir le temps du retrait.

Pluſieurs veulent que ce temps ne coure que du jour que l'acquéreur eſt rentré en poſſeſſion réelle & actuelle de l'héritage : les Coutumes de Dunois, *art.* 79, & de Chartres, *art.* 67, ſont de ce nombre.

La raiſon ſur laquelle ces Coutumes ſe fondent, eſt que la famille du vendeur n'eſt pas ſuffiſamment avertie de la vente de l'héritage par le contrat qui en a été paſſé, que la famille peut ignorer. Pour qu'elle en ſoit ſuffiſamment avertie, il faut qu'elle voie l'acquéreur en poſſeſſion de l'héritage.

Il réſulte de ces termes *poſſeſſion réelle & actuelle*, que la poſſeſſion que l'acquéreur acquiert par la voie de la tradition feinte, n'eſt pas ſuffiſante dans ces Coutumes pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, lorſque par le contrat de vente, ou par un acte ſéparé, l'acquéreur a fait au vendeur un bail à ferme ou à loyer de l'héritage vendu, ou lorſque le vendeur en a retenu l'uſufruit, ou lorſque par une clauſe de conſtitut il a déclaré ne les retenir déſormais qu'au nom de l'acquéreur, & pour lui ; quoique par toutes ces manieres l'acquéreur prenne poſſeſſion de l'héritage par le miniſtere du vendeur, & qu'il le poſſede par le vendeur, qui ne retient l'héritage qu'au nom de l'acquéreur comme ſon fermier ou locataire, ou comme le tenant de lui précairement ou à titre d'uſufruit ; néanmoins dans tous ces cas cette poſſeſſion de l'acquéreur n'eſt pas ſuffiſante dans ces Coutumes pour faire courir le temps du retrait. Cette poſſeſſion n'eſt pas une poſſeſſion réelle & actuelle de l'acquéreur ; on ne le voit pas en poſſeſſion, on voit toujours au contraire le vendeur jouir de l'héritage, & le bail à ferme ou à loyer qui lui a été fait, & les autres actes deſquels il réſulte que c'eſt au nom & pour l'acquéreur qu'il tient l'héritage, ſont des actes qui peuvent être auſſi ignorés de la famille, que le contrat de vente.

223. C'eſt une poſſeſſion réelle & actuelle non équivoque, lorſque l'acheteur eſt venu lui-même occuper la maiſon qui lui a été vendue, ou qu'il fait valoir par ſes mains l'héritage qui lui a été vendu.

Il n'eſt pas équivoque non plus, lorſque le vendeur qui jouiſſoit par lui-même de l'héritage qu'il a vendu, en a quitté la jouiſſance, & que l'acheteur en a paſſé bail à ferme ou à loyer à un tiers.

Lorſque c'eſt le même fermier ou locataire qui tenoit l'héritage du vendeur, qui demeure en jouiſſance de l'héritage, l'acquéreur ayant acquis à la charge de l'entretien du bail, il faut que l'acquéreur ou ſe ſoit tranſporté lui-même ſur l'héritage, ou y ait envoyé quelqu'un de ſa part, & s'y ſoit fait reconnoître publiquement par les fermiers & locataires pour propriétaire de l'héritage, ou qu'il ait fait d'autres actes qui faſſent connoître ſa poſſeſſion, de maniere qu'on ne puiſſe l'ignorer.

224. C'eſt un uſage dans le Dunois, que les acquéreurs qui craignent le retrait

retrait, ſe tranſportent ſur l'héritage par eux-mêmes, ou par quelqu'un de leur part, & s'y font donner acte par un Notaire en préſence de témoins, de la priſe de poſſeſſion qu'ils font de l'héritage. Cet acte n'eſt pas par lui-même néceſſaire pour faire courir le temps du retrait dans cette Coutume, puiſque cette Coutume n'exige point cette formalité. Lorſque la poſſeſſion réelle de l'acheteur ne peut être équivoque, comme lorſqu'il jouit par lui-même de l'héritage qu'il a acheté, cet acte eſt entiérement inutile & ſuperflu : il peut être utile pour conſtater la poſſeſſion réelle de l'acquéreur, dans les cas auxquels elle pourroit être révoquée en doute.

225. Quelques Coutumes ne ſe contentent pas de la poſſeſſion réelle de l'acheteur pour faire courir le temps du retrait : elles exigent qu'ils s'en faſſent donner acte devant Notaire en préſence de témoins. Telle eſt celle de Châteauneuf, *art.* 77 ; de la Marche, *art.* 263, *&c.* Dans ces Coutumes, cet acte eſt indiſpenſable pour faire courir l'an du retrait. Le motif de ces Coutumes a été d'empêcher les procès ſur la queſtion de fait, depuis quand l'acheteur étoit, ou non, en poſſeſſion réelle.

226. D'autres Coutumes, par un ſemblable motif, requierent d'autres formalités pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, celle de Normandie, *art.* 452 & *art.* 455, fait courir le temps du retrait du jour de la lecture & publication du contrat de vente, qu'elle veut être faite un jour de Dimanche à la porte de l'Égliſe Paroiſſiale du lieu où l'héritage eſt ſitué, à l'iſſue de la Meſſe de Paroiſſe, dont acte doit être dreſſé par le Curé, Vicaire, Sergent ou Tabellion, & ſigné par quatre témoins.

227. Pluſieurs Coutumes ne font courir le temps de retrait pour les héritages en fief, que du jour que l'acheteur en a porté la foi ; & pour ceux tenus en cenſive, que du jour qu'il s'en eſt fait enſaiſiner par le Seigneur. La Coutume de Paris, *art.* 138, eſt de ce nombre.

Si c'étoit le Seigneur lui-même qui en eût fait l'acquiſition, ou ſi l'héritage étoit en franc-aleu, la Coutume de Paris, *art.* 132 & 159, veut qu'en ce cas le contrat ſoit publié en jugement, & inſinué au plus prochain Siege Royal, pour que le temps du retrait puiſſe commencer à courir.

228. Quoique la Coutume de Paris & pluſieurs autres diſent que le temps du retrait court depuis la réception en foi, néanmoins il y a lieu de penſer qu'il court pareillement du jour qu'il a été reçu en ſouffrance, ou du jour qu'il a duement fait ſes offres.

Ces Coutumes ne demandent cela que parce qu'elles réputent l'acquéreur n'avoir pas ſuffiſamment pris poſſeſſion lorſqu'il ne s'eſt pas fait inveſtir par le Seigneur ; mais la ſouffrance en laquelle a été reçu l'acquéreur, auſſi-bien que les offres qu'il a duement faites, équipollent à foi, & l'inveſtiſſent au moins tant qu'elles durent : elles doivent donc faire courir le temps du retrait. Notre Coutume, *art.* 364, s'en eſt expliquée formellement, & elle doit ſervir d'interprétation aux autres Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

Mais la quittance des profits ne peut équipoller à la réception de foi ni à l'enſaiſinement, ni par conſéquent faire courir le temps du retrait ; *Arrêt de 1605, rapporté par Ricard.*

Lorſqu'il y a pluſieurs co-Seigneurs par indivis, il ſuffit que l'acquéreur

ait été reçu en foi, ou enfaiſiné par l'un d'eux. C'eſt l'avis de Ricard ſur Paris.

La réception par main ſouveraine pendant un combat de fief, fait auſſi courir le temps du retrait; Dupleſſis.

229. Enfin il y a des Coutumes qui ne requierent aucune formalité pour faire courir le temps du retrait, & qui le font courir auſſi-tôt qu'il eſt ouvert, & dès le jour du contrat. Telles ſont les Coutumes de Sens, d'Auxerre, & pluſieurs autres.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 363, fait auſſi courir le temps du retrait du jour du contrat, ſauf à l'égard des héritages tenus en fief, à l'égard deſquels le temps du retrait ne court que du jour que l'acquéreur a été reçu en foi ou en ſouffrance, ou a duement fait ſes offres; *art.* 364.

230. L'Edit des inſinuations de 1704, ordonne que le temps du retrait ne courra que du jour de l'inſinuation.

Cette loi eſt obſervée dans tout le Royaume, & dans les Coutumes qui faiſoient courir le temps du retrait du jour du contrat: il ne peut plus, ſuivant cette loi, commencer à courir que du jour de l'inſinuation. Au reſte cette loi ne diſpenſe pas des autres formalités, que les différentes Coutumes requierent pour faire courir le temps du retrait, qui ne commence à courir qu'après que l'acheteur a ſatisfait à toutes les formalités, tant à celles requiſes par l'Edit, qu'à celles requiſes par les Coutumes.

231. Le certificat de l'inſinuation, ſigné par le Greffier des inſinuations au bas de la minute de l'acte, & la mention qui en eſt faite ſur la groſſe, ne ſupplée pas l'inſinuation à l'effet de faire courir le temps du retrait, lorſque effectivement le contrat ne ſe trouve pas inſcrit ſur le regiſtre, par l'inadvertance du Greffier qui auroit omis de l'y inſcrire. Les formalités ſont de rigueur; l'acquéreur a dû s'en aſſurer par le regiſtre même. C'eſt l'avis de Grimaudet, IX, 15, Vigier & beaucoup d'autres. Il y a ſeulement en ce cas une action en dommages & intérêts contre le Greffier qui l'a induit en erreur, & contre les traitans, qui ſont reſponſables des fautes des Commis qu'ils prépoſent, *utili actione inſtitoriâ*; Vigier, Vaſlin, *&c.*

Il en ſeroit autrement ſi le regiſtre des inſinuations de ce temps avoit été incendié, ou par quelqu'autre cauſe ne ſe trouvoit plus; l'atteſtation étant au bas de la minute, feroit foi de l'inſinuation.

232. Le défaut d'inſinuation empêche le temps du retrait de courir, même vis-à-vis des parens qui ont été préſens au contrat, leſquels en peuvent oppoſer le défaut.

233. Lorſqu'on a vendu un héritage comme ſe faiſant fort du propriétaire, quoiqu'il ne ſoit pas d'uſage d'inſinuer les actes de ratification, lorſque le contrat a été inſinué avant que la ratification ſoit intervenue, & qu'on puiſſe peut-être en conſéquence ſoutenir que l'inſinuation de cet acte n'eſt pas néceſſaire pour faire courir le temps du retrait; néanmoins il eſt plus ſûr d'inſinuer la ratification & la vente, parce que c'eſt par cette ratification que l'héritage eſt mis hors de la famille, & qu'il y a lieu au retrait.

234. La faute des contractans par laquelle on a dérobé à la famille la connoiſſance du contrat qui donnoit ouverture au retrait, eſt une cauſe qui

empêche le temps du retrait de courir ; car c'eſt la même choſe pour la famille que le retrait ne ſoit pas ouvert, ou qu'elle en ignore l'ouverture.

C'eſt pourquoi ſi l'on a déguiſé le contrat de vente ſous la fauſſe apparence d'un contrat qui n'y étoit pas ſujet; & que long-temps après l'on ait trouvé ſous un ſcellé la contre-lettre qui a découvert la fraude, le temps du retrait n'aura pas couru juſqu'à la découverte de la fraude : l'an du retrait commencera-t-il au moins à courir du jour de la découverte de la contre-lettre ? Je ne le crois pas ; car l'acte qu'on a fait paroître n'étant pas le véritable contrat de vente que les parties ont fait enſemble, n'étant au contraire que l'enveloppe dont on s'eſt ſervi pour le cacher, on n'a pas, par l'inſinuation qui a été faite de cet acte, ſatisfait à la formalité de l'inſinuation du contrat de vente, requiſe pour faire courir l'an du retrait. C'eſt pourquoi, à moins qu'on n'inſinue auſſi la contre-lettre, qui eſt l'acte qui contient le contrat de vente, l'an du retrait ne courra pas, & le droit de retrait ne pourra s'éteindre que par la preſcription de trente ans.

235. Si ſans déguiſer le contrat on a pratiqué des manœuvres pour en dérober la connoiſſance à la famille : par exemple, ſi le vendeur, dans le ſeul deſſein de cacher la vente, a affecté de reſter en poſſeſſion de l'héritage ; de percevoir les fruits qu'il rendoit ſecrétement à l'acheteur; de faire les réparations dont il ſe faiſoit faire raiſon ſecrétement par l'acheteur, l'an du retrait ne doit pas courir tant que ces manœuvres ont duré, quoique le contrat ait été inſinué ; car quoique le regiſtre des inſinuations ſoit un regiſtre public, on ne va pas le conſulter lorſqu'on ne ſe doute de rien ; & l'acquéreur qui a pratiqué ces manœuvres pour cacher ſon acquiſition à la famille, n'eſt pas recevable à dire au retrayant qu'elle a dû lui être connue par l'inſinuation.

Au reſte, le Juge ne doit pas être facile à recevoir la preuve des faits qu'on fait paſſer pour des manœuvres pratiquées, afin de cacher à la famille le contrat de vente : il faut que ces faits ſoient tels que la fraude ſaute aux yeux : *Dolum ex perſpicuis indiciis probari convenit ;* L. 6, *Cod. de dol. mal.*

§. II.

Des autres cauſes qui empêchent ou n'empêchent pas le temps du Retrait de courir.

236. On a agité autrefois la queſtion, ſi la faculté de réméré empêchoit le temps de retrait de courir tant qu'elle dure ?

Les Coutumes de Berry, *t.* 13, *art.* 9, & d'Auvergne, *t.* 23, *art.* 13, décident pour la négative.

La raiſon de cette déciſion eſt, que la vente faite avec la clauſe de réméré eſt pure & ſimple ; la clauſe de réméré n'eſt qu'une clauſe réſolutoire, *purè fit venditio, ſed ſub conditione reſolvitur.* Cette clauſe n'empeche pas qu'il n'y ait ouverture au retrait pendant que cette faculté dure : elle ne doit donc pas empêcher le temps du retrait de courir ; car de droit commun le temps dans lequel un droit doit être exercé, court depuis qu'il eſt ouvert & qu'il a pu l'être.

Cette raiſon qui eſt très-juridique doit faire ſuivre la déciſion de ces Coutumes ſur cette queſtion dans les Coutumes muettes : il y a néanmoins pluſieurs Auteurs qui ſont d'avis contraire. Dupleſſis & ſes Annotateurs.

237. Pluſieurs Coutumes, du nombre deſquelles eſt notre Coutume d'Orléans, ont embraſſé l'opinion contraire. Elle dit, *art.* 193, que lorſqu'un héritage eſt vendu avec faculté de réméré, il y a lieu au retrait pendant tout le temps que dure ladite faculté, & pendant l'an & jour après ladite faculté finie.

La Coutume ajoute, ſoit qu'elle fût accordée hors ou dedans le contrat de vente, auparavant ou depuis, bien entendu pourvu que l'acheteur n'ait pas tardé à accorder au vendeur cette faculté de réméré après l'expiration de l'année du retrait ; car cette faculté peut bien empêcher le temps du retrait de courir, lorſque le droit de retrait ſubſiſte encore ; mais il eſt évident qu'elle ne peut le reſſuſciter lorſqu'il eſt éteint.

Je ne vois pas d'autre raiſon de l'opinion que notre Coutume a embraſſée, ſinon la valeur du droit de retrait ; les Coutumes ne l'ayant limité à temps court, & ne l'ayant aſſujetti à la preſcription annale, que parce qu'il eſt de l'intérêt public que les acheteurs ne ſoient pas trop long-temps ſans pouvoir ſe regarder comme poſſeſſeurs incommutables. Lorſque l'acheteur ne peut pas d'ailleurs, par rapport au réméré auquel il eſt ſujet, ſe réputer propriétaire incommutable, la cauſe pour laquelle la Coutume a établi cette preſcription ſe trouvant ceſſer en ce cas, cette preſcription ne doit pas courir.

238. Quoique notre Coutume d'Orléans accorde l'an & jour pour exercer le retrait du jour de l'expiration de la faculté de réméré, il n'en faut pas conclure que ſi cette faculté avoit duré trente ans, les lignagers auroient encore l'an & jour depuis l'expiration des trente ans pour exercer le retrait ; car la Coutume n'a entendu arrêter par cet article que la preſcription d'an & jour, & non la preſcription de trente ans, qui éteint toutes les actions, & celle en retrait lignager comme les autres. Il ſuffit pour que le temps de cette preſcription trentenaire coure, que l'action de retrait ait été ouverte ; or elle l'a été du jour du contrat, & les lignagers ont pu dès ce temps l'exercer.

239. Mais je ne ſerois pas de l'avis de M^e. Vaſſin, qui penſe que la preſcription d'un an & jour, n'eſt arrêtée que pendant le temps ſtipulé pour la faculté de réméré, & non pendant la prorogation qui a lieu, faute par l'acquéreur de faire décheoir le vendeur. Les raiſons que nous avons rapportées pour le temps de la convention, militent également, & même plus pour le temps de la prorogation, puiſque cet acheteur doit s'imputer d'avoir tardé à obtenir un jugement de déchéance. La raiſon que M^e. Vaſſin allegue pour ſon avis eſt, que c'eſt en faveur du vendeur que la Juriſprudence a accordé cette prolongation du réméré, & que les lignagers ne doivent pas s'en prévaloir ; mais ce n'eſt pareillement qu'en faveur du vendeur que la faculté de réméré a été ſtipulée par le contrat, ce qui n'empêche pas les lignagers d'en profiter.

240. Il ne faut pas étendre la déciſion de cet article à tous les acheteurs qui ſont dans le cas de craindre une éviction, tels que ceux qui auroient acheté d'un mineur. La différence eſt, que ceux-ci peuvent ſe dire & porter pour poſſeſſeurs incommutables, & prétendre avoir des moyens pour ſe défendre s'ils ſont attaqués : au lieu que celui qui a acquis à la charge de réméré,

ne peut pas ſe porter pour tel, puiſque ſon titre y réſiſte. D'ailleurs la déciſion de cet article contenant un droit ſingulier, *jus ſingulare*, contraire au principe général qui fait courir les preſcriptions établies contre quelque action que ce ſoit, du jour qu'elle eſt ouverte, & qu'elle a pu être exercée, cette déciſion n'eſt pas ſuſceptible d'extenſion, & doit être reſtreinte dans le cas de l'article.

241. De-là il ſuit que le temps du retrait ne laiſſe pas de courir pendant le procès que l'acheteur a contre le vendeur ſur la validité du contrat, ou contre quelque autre ſur la propriété de l'héritage, quoique l'incertitude de l'événement d'un procès empêche qu'il ne puiſſe être regardé pendant ce temps comme propriétaire incommutable. Il ne doit pas être au pouvoir du vendeur en faiſant à l'acquéreur un procès injuſte de prolonger contre lui le temps du retrait; l'équité ne permet pas non plus que les lignagers laiſſent eſſuyer à l'acheteur le coût & les fatigues d'un long procès, & viennent enſuite après le gain d'un procès, *quaſi ad paratas epulas*, en recueillir le fruit par un retrait. Les lignagers doivent donc, nonobſtant le procès, exercer le retrait dans l'année contre l'acquéreur; reprendre l'inſtance en ſa place, & lui rembourſer les dépens qu'il a fait.

Grimaudet, IX, 19, me paroît excepter mal-à-propos le cas auquel un lignager auroit eu ce procès contre l'acquéreur. Il prétend que ce procès arrête en ſa faveur l'an du retrait, n'ayant pas pu intenter l'action pendant qu'il étoit en procès ſur la propriété de l'héritage; d'où il conclut que ce lignager peut, s'il ſuccombe, donner la demande en retrait dans l'an & jour depuis la fin du procès. Cette opinion ne me paroît pas raiſonnable. Un procès injuſte que ce lignager a fait à l'acquéreur, ne doit pas lui être profitable, & faire proroger en ſa faveur le temps du retrait. D'ailleurs ce temps court contre la famille en général, & non contre aucun des lignagers déterminément: d'où il ſuit que les raiſons perſonnelles à un particulier de la famille ne le doivent pas empêcher de courir.

242. L'appel d'un décret forcé n'arrête pas non plus le temps du retrait auquel l'adjudication par retrait a donné ouverture: le retrayant qui veut prendre le marché, doit eſſuyer le procès qui en eſt une charge. Brodeau, ſur l'*art.* 150 de Paris, cite trois Arrêts qui l'ont jugé.

243. La pourſuite d'un décret volontaire qu'un acquéreur fait ſur lui, ſuivant la faculté qu'il a ſtipulée par ſon contrat d'acquiſition, n'arrête pas non plus le temps du retrait auquel le contrat de vente a donné ouverture; Orléans, *art.* 401.

244. Enfin la minorité d'un lignager n'empêche pas le temps du retrait de courir: la Coutume de Paris, *art.* 131; celle d'Orléans, *art.* 366, & un grand nombre d'autres, en ont des diſpoſitions: *L'an du retrait*, diſent-elles, *court tant contre le mineur que le majeur, ſans eſpérance de reſtitution.*

Cette déciſion a lieu quand même le mineur auroit été deſtitué de tuteur; elle a lieu pareillement contre les lignagers qui auroient été abſens pour le ſervice du Roi; Arrêt du 6 Mars 1552, cité par Lalande.

Les raiſons de cette déciſion, ſont 1°. que le retrait étant accordé à la famille en général, c'eſt proprement contre la famille en général qu'il court, plutôt que contre aucune perſonne déterminée de la famille. 2°. La faveur de la mi-

norité, ou de l'abſence pour le ſervice du Roi, doit céder à la raiſon qui a fait reſtreindre à un temps court le temps du retrait; cette raiſon étant tirée d'un intérêt public, qui ne permet pas que les acquéreurs ſoient empêchés d'améliorer leurs biens, par une trop longue incertitude de leur acquiſition: or l'intérêt public l'emporte toujours ſur la faveur des particuliers, ſur-tout lorſque ces particuliers *certant de lucro.*

245. Pluſieurs Auteurs diſent que l'an du retrait ne court pas contre le mineur, lorſque c'étoit ſon tuteur qui étoit l'acquéreur, parce qu'il devoit faire exercer le retrait ſur lui, ſi l'intérêt du mineur le demandoit: *quia*, diſent-ils, *à ſe exigere debuit; Dupleſſis & ſes Annotateurs.* Il me paroît plus exact de dire que l'an du retrait court; mais que s'il paroît que le tuteur avoit alors des fonds au mineur, & qu'il fût de l'intérêt du mineur que le tuteur eût fait nommer un curateur au mineur pour exercer le retrait, le mineur devenu majeur, peut en ce cas, non par l'action du retrait lignager qui eſt éteinte, mais par l'action de tutelle, *actione tutelæ*, ſe faire délaiſſer l'héritage, de même que ſi le retrait eût été effectivement exercé dans le temps pour ce mineur, par un curateur nommé *ad hoc* contre ſon tuteur; parce qu'un mineur, ſuivant les principes du Droit, peut par l'action de tutelle exiger de ſon tuteur tout ce que le tuteur devoit exiger de ſoi-même au profit de ſon mineur: *Tenetur tutelæ judicio, in id quod à ſe exigere debuit;* ce qui eſt une ſuite de ce principe, *Quod adversùs alium præſtare debet tutor, pupillo ſuo id adversùs ſe quoque præſtare debet;* L. 9, §. 3, ff. *de adm. tut.*

ARTICLE III.

Quand le lignager eſt-il cenſé exercer le retrait dans le temps preſcrit.

246. Suivant le Droit commun un demandeur en action de retrait lignager, de même qu'en toute autre eſpece d'action, eſt cenſé exercer ſon droit & ſon action dans le temps preſcrit par la Loi, lorſque l'exploit de demande eſt donné avant l'expiration de ce temps, fût-ce le dernier jour.

La Coutume de Paris, *art.* 130, & quelques autres ſe ſont écartées de ce principe; elles ne ſe contentent pas que l'exploit de demande en retrait ſoit donné dans l'an & jour preſcrit pour exercer le retrait, elles veulent de plus que le jour auquel échet l'aſſignation, ſoit auſſi dans ce terme d'an & jour: s'il tomboit après l'expiration de l'an & jour, le lignager dans ces Coutumes ſeroit non-recevable, comme n'ayant pas exercé ſon retrait dans le temps preſcrit; ces Coutumes étant contraires au principe général doivent être reſtreintes à leur territoire.

247. Lorſqu'il y a pluſieurs acquéreurs ou pluſieurs héritiers d'un même acquéreur, l'action de retrait étant une action diviſible (*ſuprà*, *ch.* 2) ſi le lignager n'a donné ſa demande en retrait dans l'an & jour que contre l'un d'eux, il aura excercé ſon droit de retrait dans le temps preſcrit, pour la part de celui contre qui il a donné la demande; mais il en ſera déchu pour les parts des autres.

248. Suivant notre Coutume d'Orléans, *art.* 368, lorſque l'acquéreur n'a pas ſon domicile dans le Bailliage d'Orléans, il eſt permis aux lignagers de

donner la demande en retrait contre les détenteurs, c'eſt-à-dire, les fermiers, locataires ou concierges qui ſont trouvés dans l'héritage, leſquels ſont tenus d'indiquer le nom & la demeure de l'acquéreur, pour que le lignager puiſſe ſe pourvoir contre lui, & l'aſſigner en ſon domicile. Par cette demande donnée contre le détenteur dans l'an & jour, le lignager eſt cenſé avoir exercé ſon droit dans l'an & jour, quoique la demande contre l'acquéreur ne ſoit donnée qu'après l'expiration de l'an & jour; & la demande eſt bien donnée, pourvu qu'elle le ſoit dans le temps qui lui aura été fixé par le Juge, eu égard à la diſtance des lieux, ſur l'indication du détenteur.

249. Lorſqu'il n'y a aucun détenteur ſur l'héritage; comme lorſque c'eſt une piece de terre en bois qui eſt l'objet de l'acquiſition, le lignager qui ne ſçait pas la demeure de l'acquéreur, peut avoir recours à la voie de la proclamation ou cri public que propoſe la Coutume de Berry, *t. 14, art. 8*; & par cette proclamation faite dans l'an & jour, le lignager eſt cenſé avoir exercé le retrait dans l'an & jour; on doit à cet égard ſe conformer à l'uſage, s'il y en a.

Lorſqu'il y a pluſieurs acquéreurs dont les uns ont leur domicile dans le Bailliage d'Orléans, les autres ne l'ont pas, le lignager par la demande donnée contre le détenteur de l'héritage ou par la proclamation, eſt bien cenſé exercer le droit de retrait pour les parts de ceux qui n'ont pas leur domicile dans le Bailliage; mais il n'eſt pas cenſé l'exercer pour les parts de ceux qui y ont leur domicile; il faut qu'il les aſſigne dans le temps de l'an & jour à leur domicile, ſinon il ſera déchu vis-à-vis d'eux, & pour leur part.

250. Lorſque l'acquéreur, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage ſujet au retrait, les lignagers pouvant ignorer cette aliénation, la Coutume d'Orléans a très-ſagement ordonné en l'*art.* 369, que le lignager devoit être cenſé avoir exercé dans le temps preſcrit d'an & jour, ſon droit de retrait par la demande donnée contre cet acquéreur, même vis-à-vis du tiers détenteur, quoiqu'il ne donne la demande contre ce tiers détenteur qu'après l'an & jour paſſés, pourvu qu'il la donne dans les quarante jours depuis l'indication qu'en aura donnée l'acquéreur.

Lorſqu'il y a pluſieurs acquéreurs qui ont tous aliéné au profit d'un tiers, l'aſſignation donnée à l'un d'eux interrompt la preſcription annale contre ce tiers pour le total, quoique, s'ils n'euſſent pas aliéné, l'aſſignation donnée à l'un d'eux ne l'eut interrompue que pour ſa part. La raiſon eſt, que la demande donnée contre l'un des acquéreurs qui ont aliéné à un tiers l'héritage, n'eſt qu'une ſimple proteſtation d'agir contre ce tiers, que le lignager ne connoît pas: & cette proteſtation eſt également conſtatée par la demande donnée contre l'un d'eux, comme par la demande donnée contre tous.

ARTICLE IV.

De la nature & de l'effet de la preſcription contre le retrait.

251. La preſcription contre le retrait eſt différente des preſcriptions contre les autres obligations.

Lorſque les obligations ſont, de leur nature, perpétuelles, & qu'elles n'ont pas été contractées pour ne devoir durer qu'un certain temps, les preſcriptions ré-

ſultantes du laps de temps réglé par la Loi que le débiteur acquiert contre les obligations & contre le droit du créancier qui en réſulte, ſont des preſcriptions qui n'éteignent pas l'obligation; ces preſcriptions, tant qu'elles ſubſiſtent, la font ſeulement préſumer acquittée, & donnent au débiteur une fin de non-recevoir, contre l'action du créancier. Ces preſcriptions peuvent ſe couvrir & être détruites par la reconnoiſſance ou le paiement que le débiteur feroit de la dette, depuis que ces preſcriptions lui ont été acquiſes; *Voyez ſur ces preſcriptions notre Traité des Obligations, n. 676 & ſuiv.*

Mais lorſqu'une obligation n'a été contractée que pour durer pendant un certain temps; en ce cas, ſuivant les principes de notre Droit François, différent en cela de la ſubtilité du Droit Romain, la preſcription qui réſulte du laps de ce temps, n'opere pas ſeulement comme celles dont nous venons de parler, une ſimple fin de non-recevoir contre l'action du créancier; mais une extinction de la dette qui la détruit entiérement & ne la laiſſe plus ſubſiſter; *Voyez notre Traité des Obligations, n. 671.*

Or, telle eſt la nature de la preſcription en matiere de retrait. Le droit de retrait que la loi accorde à la famille, ne lui eſt accordé que pour un certain temps limité: l'obligation que l'acquéreur contracte de délaiſſer l'héritage aux lignagers, ne dure que pendant ce temps; l'un & l'autre s'éteignent de plein droit par le laps de ce temps.

252. Il ſuit de ces principes que la demande en retrait lignager qui ſeroit donnée par un lignager après l'an & jour, ſeroit une demande donnée ſans aucun droit, & ſemblable à celle qui ſeroit donnée par un parent qui n'eſt pas de la ligne d'où l'héritage procede; car c'eſt la même choſe de n'avoir plus le droit qu'on a eu, ou de n'en avoir jamais eu.

253. De-là il ſuit que l'abandon de l'héritage qui ſeroit fait par l'acquéreur à ce lignager ſur une pareille demande, ne devroit pas paſſer pour un retrait qu'auroit exercé le lignager; mais pour une nouvelle vente que l'acquéreur auroit faite de cet héritage au lignager.

254. Cette déciſion doit ſur-tout avoir lieu vis-à-vis les tiers. C'eſt pourquoi, 1°. cet abandon fait ſur une pareille demande en retrait ne décharge pas l'acquéreur envers le Seigneur, du profit dû pour la vente qui lui en a été faite, s'il n'a pas encore été acquitté.

2°. Elle donne ouverture à un ſecond profit, pour cet abandon qui eſt une nouvelle vente, que cet acquéreur fait au lignager. 3°. L'héritage paſſe au lignager avec la charge de toutes les hypotheques & autres droits réels, dont l'héritage a été chargé par cet acheteur: car le laps du temps du retrait ayant rendu le droit de propriété de l'acheteur parfait, & non ſujet à ſe réſoudre par le retrait, a rendu pareillement irrévocables les droits d'hypotheque & autres, que ces perſonnes tiennent de l'acquéreur; & il ne doit pas être au pouvoir de l'acquéreur de les en dépouiller en reconnoiſſant un prétendu droit de retrait qui n'exiſte plus.

255. Ce n'eſt pas ſeulement vis-à-vis les tiers que l'abandon de l'héritage fait par l'acquéreur au lignager ſur une demande en retrait donnée après l'an & jour, ne paſſe pas pour un retrait; il ne l'eſt pas en lui-même & dans la vérité, puiſque dès ayant la demande, le droit de retrait lignager avoit ceſſé d'exiſter;

d'exiſter. C'eſt pourquoi l'héritage abandonné ſur une telle demande, ſera dans la perſonne du lignager un pur acquêt : il n'aura pas la qualité de propre qu'il auroit eue, au moins *ſecundùm quid*, ſi c'eût été un véritable retrait; l'héritier aux propres ne pourra le prétendre dans la ſucceſſion du lignager, & il ne ſera pas ſujet au retrait s'il eſt revendu.

256. Le lignager ne ſeroit pas néanmoins recevable à ſoutenir contre l'acquéreur qui lui a fait le délais ſur la demande en retrait, que ce délais n'eſt pas un retrait, mais une vente qui oblige cet acquéreur envers lui à la garantie de toutes évictions ; car il n'eſt pas recevable à impugner lui-même la forme du retrait dont il s'eſt ſervi pour acquérir l'héritage, ni à prétendre contre l'acquéreur qui lui a fait le délais de l'héritage ſur ſa demande en retrait, une garantie d'autres évictions que de celles qui procéderoient de ſes faits : la forme que ce lignager a choiſie lui-même, prouve que ni lui n'a eu intention de ſtipuler de cet acquéreur une telle garantie, ni cet acquéreur de s'y obliger.

257. Lorſque l'acquéreur, ſur la demande donnée, depuis l'expiration de l'an & jour, n'a pas reconnu le retrait, mais s'eſt laiſſé condamner à délaiſſer par retrait ſur cette demande ; s'il eſt conſtant que la demande n'a été donnée que depuis l'année, une telle ſentence doit, vis-à-vis les tiers, paſſer pour colluſoire entre le lignager & l'acquéreur, & ne doit pas préjudicier à leurs droits.

Mais lorſqu'il y avoit queſtion ſi la demande étoit donnée ou non dans l'année, & ſi l'acquéreur avoit ſatisfait à ce qui eſt requis pour la faire courir, les tiers ne ſont pas recevables à impugner la ſentence, & à reſſuſciter le procès. La demande ſur laquelle la ſentence d'adjudication de retrait eſt intervenue, doit être préſumée avoir été donnée dans l'année, ſur-tout lorſque la ſentence eſt contradictoire, à moins que la colluſion ne fût évidente & telle qu'elle pût être juſtifiée incontinent, & ſans qu'il fût beſoin de renouveller pour cela un procès.

Même dans le cas auquel la ſentence auroit été rendue par défaut, ou même le retrait reconnu ſans ſentence, on ne doit pas facilement écouter les tiers, lorſqu'il paroît quelque raiſon pour ſoutenir que le temps du retrait n'étoit pas paſſé lors de la demande.

ARTICLE V.

S'il y a un temps particulier pour la péremption des inſtances en retrait, & de l'appel des ſentences de débouté de retrait.

258. C'eſt une maxime fondée ſur pluſieurs anciens Arrêts, & ſur l'autorité de ceux qui ont écrit ſur la matiere du retrait, que la demande en retrait lignager, & toutes les autres actions annales, ſe périment par un an, lorſqu'elles n'ont pas encore été conteſtées. L'Ordonnance de Rouſſillon & l'Arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les inſtances, quoique non-conteſtées, ſe périment par trois ans, ne doivent s'entendre que des actions ordinaires & non des annales ; leur eſprit ayant été d'abréger le temps des péremptions &

non de le prolonger. Mais lorſque ces actions ont été conteſtées, elles ne ſe périment plus que par trois ans.

259. Quelques Auteurs ont écrit, que le lignager ne devoit pas être reçu à appeller du jugement qui l'avoit débouté du retrait, après le temps d'un an revolu depuis la date dudit Jugement. C'eſt l'opinion de Brodeau ſur l'*art.* 130 de Paris, que Lemaître ſur Paris approuve, en convenant néanmoins que cette opinion ſouffre beaucoup de difficulté. La raiſon ſur laquelle on ſe fonde, eſt qu'il n'eſt pas équitable que le retrayant, après avoir été débouté du retrait, ait plus de temps pour l'exercer par la voie de l'appel du Jugement, qu'il n'en avoit auparavant. Cette raiſon ne me paroît pas déciſive : l'Ordonnance de 1767, qui a réglé le temps dans lequel on pourroit être reçu à appeller des ſentences, eſt une loi générale qui embraſſe toutes les ſentences ſur quelque matiere que ce ſoit ; il faudroit une diſpoſition préciſe pour excepter de la loi générale les Jugemens de debouté de retrait. Les diſpoſitions des Coutumes ſont entiérement remplies, lorſque la demande en retrait lignager a été donnée dans le temps qu'elles ont preſcrit pour la donner.

CHAPITRE VIII.

De la forme en laquelle s'exerce le Retrait.

260. LE retrait s'exerce par un exploit de demande que le lignager-retrayant doit donner contre l'acheteur ou le tiers détenteur, pardevant Juge compétent, aux fins de délais de l'héritage, & aux offres de rendre à l'acheteur le prix de ſon acquiſition, & les loyaux-coûts.

261. Lorſque le lignager eſt un mineur ſous puiſſance de tuteur, la demande en retrait, de même que les autres actions, ſe donne à la requête de ſon tuteur ou de ſon curateur, en ſadite qualité de tuteur ou curateur d'un tel.

Si c'eſt un mineur émancipé, elle ſe donne à ſa requête avec l'aſſiſtance de ſon curateur.

262. Si c'eſt une femme ſous puiſſance de mari ; ſelon la diſpoſition de quelques Coutumes, la demande peut ſe donner non-ſeulement par le mari & la femme conjointement, mais même par le mari ſeul, pourvu qu'il la donne en ſa qualité de mari d'une telle. Mais dans nos Coutumes de Paris & d'Orléans, je ne penſe pas que la demande fût bien donnée par le mari ſeul ; il ne peut exercer que les actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme, & non les immobiliaires, telle qu'eſt celle de retrait.

263. Lorſque le retrait s'exerce pour des enfans qui ſont ſous la puiſſance paternelle, la demande ſe donne par le pere en ſa qualité de légitime adminiſtrateur des droits & actions de l'enfant pour lequel le retrait s'exerce : cela a lieu quand même le pere ſeroit le vendeur de l'héritage dont le retrait s'exerce. Autrefois dans ce cas, le pere émancipoit ſon fils, *ad unum actum*, pour l'effet d'exercer le retrait, & il lui faiſoit créer un curateur *ad hoc*, par qui la demande

étoit donnée. Cette procédure s'obſerve encore en quelques Provinces, comme à la Rochelle, ſuivant que l'atteſte M^e. Vaſlin; mais à Paris & à Orléans cette procédure n'eſt plus pratiquée, comme étant inutile, & le pere donne lui-meme l'action comme adminiſtrateur des droits de ſon enfant.

264. Lorſque la demande en retrait ſe donne au nom d'un enfant qui n'eſt pas encore né, elle ſe donne par un curateur créé *ad hoc*.

265. Cette action étant une action perſonnelle, lorſqu'elle eſt donnée contre l'acheteur (*ſuprà, chap.* 2,) le Juge naturel devant qui elle doit être donnée, eſt le Juge du lieu du domicile de cet acheteur. Quelques Coutumes néanmoins donnent le choix aux lignagers d'aſſigner, ou devant le Juge du domicile de l'acheteur, ou devant le Juge du lieu où eſt ſitué l'héritage ſujet au retrait; mais ces diſpoſitions ſont locales, & ne doivent pas être ſuivies dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Lalande, ſur l'*article* 367 de la Coutume d'Orléans, & les Annotateurs de Dupleſſis, citent pluſieurs Arrêts qui l'ont jugé. La raiſon eſt, que ce n'eſt que dans les actions réelles que le choix du Juge du lieu où eſt ſitué l'héritage, eſt accordé au demandeur; L. *Cod. ubi. in rem, &c.* Il ne doit pas avoir ce choix pour l'action de retrait qui eſt plus perſonnelle que réelle, lorſqu'elle eſt donnée contre l'acheteur. Lorſque l'acheteur a un Juge de privilege, il a le droit de ſe faire renvoyer devant le Juge de ſon privilege.

266. L'exploit de demande doit être fait par un Huiſſier ou Sergent qui ait le pouvoir d'exploiter dans le lieu où il eſt fait.

S'il étoit interdit de ſes fonctions, ou parent du demandeur au degré prohibé, la demande ſeroit nulle. Par Arrêt de la Cour du 6 Septembre 1721, rendu en forme de réglement, & publié dans les Sieges du reſſort, un exploit de demande en retrait lignager a été déclaré nul, pour avoir été fait par un Huiſſier parent au troiſieme degré du demandeur.

267. C'eſt une queſtion, ſi depuis l'Edit du contrôle qui a diſpenſé les Huiſſiers & Sergens de ſe faire aſſiſter de records ou témoins dans les exploits de demande, la demande en retrait doit encore être recordée de témoins? M. le Camus, *Obſervation ſur le Traité du retrait*, penſe que cela eſt encore néceſſaire, & dit que c'eſt l'uſage. Auzanet & Ferriere, ſur Paris, ſont d'avis contraire; ils ſe fondent ſur ce que la Déclaration de 1671, n'ayant excepté que la diſpenſe accordée par l'Edit du controle que les exploits de ſaiſies féodales ou réelles, & les appoſitions d'affiches, il s'enſuit que les exploits de demande en retrait lignager, ainſi que tous les autres exploits, ſe trouvent compris dans cette diſpenſe générale.

On convient aſſez néanmoins que cette aſſiſtance de témoins eſt encore néceſſaire dans les Coutumes qui la requierent, par une diſpoſition préciſe. Le Roi, par l'Edit du contrôle, ayant déclaré qu'il dérogeoit à cet égard à l'Ordonnance de 1667, qui requéroit cette aſſiſtance, & n'ayant pas déclaré de même qu'il entendoit déroger aux Coutumes.

Ceux qui penſent que meme dans la Coutume de Paris & autres qui ne requierent pas expreſſément l'aſſiſtance des témoins, cette aſſiſtance eſt encore aujourd'hui néceſſaire, ſe fondent ſur ce que l'exploit de demande en retrait n'eſt pas un ſimple exploit d'aſſignation, & qu'il doit contenir un proces-verbal

des offres réelles que le retrayant doit faire par cet exploit de rembourſer or, diſent-ils, ces offres doivent etre conſtatées par des témoins. Mais ce raiſonnement me paroît mauvais, & être une pétition de principe; car c'eſt juſtement ce qui eſt en queſtion, ſi un exploit, parce qu'il contient des offres, doit être cenſé excepté de la diſpenſe portée par l'Edit du contrôle, quoiqu'aucune loi ne l'en ait excepté?

Dans notre Coutume d'Orléans où les offres ne ſont pas néceſſaires pour la validité de la demande en retrait, comme il ſera dit ci-après, mais ſont ſeulement utiles, parce qu'elles font acquérir au retrayant du jour qu'elles ſont faites, un droit aux fruits qui ſeront perçus, il ne peut y avoir aucun prétexte pour ſoutenir la nullité d'une demande en retrait, faute d'être recordée de témoins.

268. Cet exploit de demande en retrait, de même que tous les autres exploits, doit être fait de jour & non de nuit. Brodeau ſur Louet, *art.* 39, rapporte un Arrêt du 7 Septembre 1602, qui déclare un demandeur en retrait, déchu du retrait, parce que l'aſſignation avoit été donnée au mois de Janvier à ſept heures du ſoir; & fait défenſe de donner aucunes aſſignations nuitamment & à heures indues, à peine de nullité. Cependant lorſque la demande a été donnée le dernier jour, comme en ce cas on ne peut remettre au lendemain, la néceſſité peut la faire déclarer valable, quoique donnée après jour failli. On l'a ainſi jugé; je penſe que c'eſt dans le retrait de la terre de Mercœur par M. le Prince de Conti.

269. On a agité la queſtion, ſi la demande en retrait lignager pouvoit être valablement donnée un jour de Dimanche ou de Fête? Je penſe qu'elle eſt valablement donnée, pourvu que le jour auquel elle eſt donnée, fût le dernier jour du terme accordé par la Coutume pour le retrait, ou qu'il ne reſtât plus aucun autre jour non-fêté auquel elle pût être donnée. La raiſon eſt, qu'on peut faire les jours de Dimanches & de Fêtes, les actes qui ne peuvent ſe remettre, & qui ſont abſolument néceſſaires pour la conſervation de nos droits & de notre bien. On peut tirer argument de la Loi 1, §. 2, & de la Loi 3, ff. *de fer.* où il eſt dit qu'on peut traduire quelqu'un en juſtice, *feriato die, cùm res tempore peritura eſt, aut actionis dies exiturus eſt.*

Dumoulin, en ſa Note ſur l'*article* 122, de la Coutume de Poitou, cite un Arrêt qui a déclaré valable en exploit de demande en retrait, donné le jour de la Fête-Dieu; il eſt auſſi rapporté par Louet, *L. R. art.* 39. Au reſte, je penſe qu'on doit ſuppoſer conformément à la reſtriction que nous avons propoſée, que dans l'eſpece de l'Arrêt, la demande n'avoit pas pu ſe remettre à un autre jour, & que c'eſt conformément à cette reſtriction qu'on doit entendre la déciſion des Auteurs qui enſeignent que la demande en retrait peut ſe faire un jour de Dimanche & de Fête. M. Jouſſe ſur l'Ordonnance de 1667, *Titre* 2, *art.* 10, cite un Arrêt du 4 Janvier 1719, qui a déclaré nul un exploit de demande en retrait lignager, donné un jour de Fête, dans un cas où il reſtoit encore un mois de temps pour le donner. Néanmoins j'apprend de M. R*** qu'on vient de juger un exploit de demande en retrait, valable, donné un jour de Fête, quoiqu'il n'y eût pas de néceſſité.

Obſervez auſſi que les Huiſſiers qui donnent des demandes en cas de néceſſité

les jours de Fêtes, ne le doivent faire qu'en vertu d'une permiſſion du Juge, ſuivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 5 Mai 1703, cité par M. Jouſſe, *ibid.*

Il y a quelques Auteurs qui penſent qu'indiſtinctement tout exploit de demande en matiere de retrait lignager, comme en toute autre matiere, eſt nul lorſqu'il eſt donné un jour de Dimanche, même lorſque la choſe ne pouvoit pas ſe remettre, & que ce jour étoit le dernier jour du terme. C'eſt l'avis d'Henrys, *tit.* 2, *liv.* 4, §. 20; & de Me. Vaſlin, ſur la Rochelle, *pag.* 72. Leur raiſon eſt, que le retrayant doit s'imputer d'avoir attendu ſi tard. La réponſe eſt prompte: on doit préſumer que le retrayant n'a pas eu la commodité de donner ſa demande plutôt: il lui a fallu de l'argent; s'il ne l'a pas pu trouver plutôt, ce qu'on doit préſumer, il n'eſt pas en faute: il doit jouir du terme entier d'an & jour qui lui eſt accordé par la Coutume, pour exercer ſon droit de retrait. Il n'auroit pas ce terme entier s'il n'étoit pas admis à donner la demande les derniers jours du terme, lorſque ces jours ſe trouvent être des jours de Fête.

Obſervez que ce n'eſt qu'aux jours de Fêtes fêtés qu'il eſt défendu de faire des exploits: ceux faits les jours de Fêtes de Palais qui ne ſont pas fêtés par le peuple, ſont valables; Déclaration du 28 Avril 1681, citée par M. Jouſſe ſur l'Ordonnance de 1667, *tit.* 2, *art.* 10; Arrêt de 1748, en faveur des Religieuſes de Sainte-Claire de la Rochelle, cité par Me. Vaſlin, qui déclare valable un exploit d'exécution fait le jour des Innocens, quoiqu'on offrît rapporter acte de notoriété, que l'uſage de la Province étoit de regarder comme nuls les exploits faits les jours de Fêtes de Palais.

270. On a encore agité la queſtion, s'il étoit néceſſaire, à peine de nullité, que l'exploit de demande en retrait lignager exprimât préciſément le jour auquel le défendeur eſt aſſigné à comparoir, ſur-tout dans les Coutumes, telles que celles de Paris, qui exigent que le jour de l'échéance de l'aſſignation, tombe dans l'an & jour accordé par le retrait. Il y a ſur cette queſtion variété d'opinions & d'Arrêts.

Je préfere l'opinion de ceux qui penſent que cela n'eſt pas néceſſaire, parce qu'aucune Loi ne le requiert; & que les délais de l'Ordonnance étant par eux-mêmes certains, un défendeur aſſigné à comparoir *dans les délais de l'Ordonnance*, eſt ſuffiſamment averti du jour auquel il eſt aſſigné. Cette opinion eſt confirmée par un Arrêt de la Grand'Chambre du 26 Juillet 1745, cité par Lacombe.

271. Ce n'eſt pas non plus une nullité ſi le retrayant a aſſigné un délai trop long ou trop court. Le délai trop long ne fait pas de tort au défendeur qui peut l'anticiper & pourſuivre le congé de la demande. Lorſque le délai eſt trop court, le défendeur auroit plus ſujet de ſe plaindre; mais aucune Loi ne prononçant en ce cas la nullité de la demande, il doit ſuffire au défendeur qu'il obtienne en ce cas de jouir de tout le délai de l'Ordonnance, nonobſtant celui exprimé par la demande.

272. L'omiſſion de l'expreſſion du degré de parenté du demandeur avec le vendeur, ne rend pas non plus l'exploit nul; Brodeau, ſur Loüet, L. R. 2; *Arrêt du 26 Juillet 1674, au Journal du Palais.*

273. Outre les formalités requiſes par l'Ordonnance de 1667, pour la validité de tous les exploits de demande qui doivent être rigoureuſement obſervées dans les demandes en retrait, & ſur leſquelles nous renvoyons au texte de l'Ordonnance, *tit.* 2, les différentes Coutumes exigent encore différentes formalités pour la validité des demandes en retrait.

Par exemple, la Coutume de Paris, *art.* 140, » veut que le demandeur en » retrait offre *bourſe*, *deniers*, *loyaux-coûts*, *& à parfaire*, tant par l'ex- » ploit d'ajournement, qu'à chacune journée de la cauſe principale, juſqu'à » conteſtation en cauſe incluſivement, & même en cauſe d'appel, juſqu'à » concluſion ſur l'appel auſſi incluſivement. »

Dans les appellations verbales, le premier réglement qui intervient à l'Audience, tient lieu de la concluſion dans les appels des Sentences en procès par écrit.

Les Commentateurs entendent par *journée de la cauſe*, chaque Audience en laquelle la cauſe eſt appellée. Le demandeur en retrait, à l'appel de la cauſe, ou ſon Avocat ou Procureur pour lui, doivent ſe préſenter avec une bourſe & y faire leſdites offres, & s'en faire donner acte par le Juge. Un ſac eſt compris ſous le terme de *bourſe*. Quoiqu'il ſoit d'uſage de faire outre cela ces offres par des requêtes, néanmoins je penſe qu'il ſuffit que le retrayant les faſſe à l'Audience.

La conteſtation en cauſe eſt le premier réglement qui intervient dans la cauſe après les défenſes au principal, ſignifiées par le défendeur; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 14, *art.* 13.

L'Audience en laquelle ſe rend ce réglement, eſt la derniere en laquelle ces offres doivent être faites. Quand la cauſe a été une fois conteſtée, il n'eſt plus néceſſaire dans le cours de l'inſtance principale de réitérer ces offres, lorſque la cauſe eſt portée à l'Audience.

Un Jugement par défaut n'emporte pas conteſtation, quand le défendeur contre qui il a été rendu s'y oppoſe dans la huitaine; car il eſt détruit par l'oppoſition.

Les Commentateurs de la Coutume de Paris regardent ces termes, *Bourſe*, *Deniers*, *Loyaux-coûts & à parfaire*, employés dans l'article 140, ci-deſſus cité, comme termes ſolemnels, dont le demandeur en retrait eſt obligé de ſe ſervir, ſans pouvoir en omettre un ſeul, ni en ſubſtituer d'autres; *Lauriere.*

Quelques Coutumes ne requierent ces offres qu'à la premiere journée; Meaux, 101; Sens, *tit.* 7, 34.

274. Il y a des Coutumes qui demandent la conſignation d'une piece de monnoye. Bordeaux, *cap.* 2, *art.* 17, exige la conſignation d'une piece d'or, avec offre de parfaire. Saintonge, *tit.* 6, *art.* 48, dit *une piece d'or ou d'argent.* La Marche exige l'offre & conſignation de treize pieces de monnoye.

275. Notre Coutume d'Orléans ne requiert point ces formalités. Les offres même de rembourſer l'acquéreur, ne ſont néceſſaires dans cette Coutume que pour obtenir la reſtitution des fruits du jour qu'elles ſont faites, & non pour la validité de la demande. La ſeule formalité que cette Coutume exige qui ſoit particuliere aux demandes en retrait, c'eſt qu'elle veut que le demandeur en retrait par l'exploit de demande, ſoit tenu de faire une élection de domicile dans le territoire de la Juſtice où le défendeur eſt demeurant.

Quoique cette formalité n'ait été établie que pour que l'acquéreur ne fût pas obligé d'aller chercher trop loin le retrayant pour la reconnoiſſance du retrait, & les autres ſignifications qu'il auroit à lui faire; néanmoins comme l'obſervation des formalités eſt de rigueur, ſur-tout dans les matieres de rigueur, telle qu'eſt celle du retrait, il a été jugé qu'une demande en retrait par laquelle l'élection de domicile avoit été faite dans une maiſon ſituée hors de la Juſtice de l'ajourné, étoit nulle, quoique cette maiſon fût vis-à-vis la ſienne.

Lorſque le lignager a aſſigné d'abord l'acheteur, & fait élection de domicile dans la Juſtice de l'acheteur, & que ſur l'indication de l'acheteur qui a aliéné l'héritage, il aſſigne le tiers détenteur, il doit faire une nouvelle élection de domicile dans le territoire de la Juſtice de ce tiers détenteur.

276. Les formalités du retrait étant différentes, ſelon les différentes Coutumes, c'eſt la Coutume du lieu où l'héritage ſujet à retrait eſt ſitué, qui doit régler les formalités qui doivent être obſervées; car comme c'eſt cette Coutume, à l'empire de laquelle il eſt ſoumis, qui le rend ſujet au retrait, & qui en accorde le droit aux lignagers, les lignagers qui tiennent leur droit de cette Coutume, ne peuvent l'exercer que ſous les conditions ſous leſquelles cette Coutume le leur défere, & en obſervant les formalités qu'elle leur preſcrit. *Voyez les Arrêts cités par les Annotateurs de Dupleſſis, chap. 1.*

277. Quoique dans les autres matieres l'inobſervation de quelque formalité emporte ſeulement la nullité de la demande & la déchéance de l'inſtance, & non la déchéance du droit du demandeur, qu'il peut de nouveau pourſuivre par une nouvelle demande, pourvu qu'il ſoit encore dans le temps de la donner. Au contraire, dans la matiere du retrait lignager, l'inobſervation de quelque formalité emporte non-ſeulement la nullité de la demande, mais la déchéance du droit du demandeur, qu'il n'eſt plus admis à pourſuivre par une nouvelle demande; & il n'importe à cet égard que la formalité qu'on a manqué d'obſerver, ſoit de celles qui ſont communes pour tous les exploits de demande, & qui ſont requiſes par les Ordonnances, ou qu'elle ſoit de celles qui ſont particulieres au retrait lignager, & qui ſont requiſes par les Coutumes, ſoit à l'égard de l'exploit de demande, ſoit à l'égard de la ſuite de la procédure de la demande en retrait. Loyſel en a fait une maxime: *Congé de Cour entre le retrait emporte gain de cauſe;* elle eſt tirée de l'article 134 de la Coutume de Laon, & l'uſage en eſt conſtant par-tout.

278. Delà nait une autre différence; ſçavoir, que dans les autres matieres les défauts de formalité ne touchant pas au fond, doivent s'oppoſer *à limine litis*, & ſe couvrent par la conteſtation en cauſe. Au contraire, dans la matiere du retrait, les défauts de formalité étant des défauts qui touchent au fond, en faiſant décheoir de ſon droit le demandeur en retrait qui ne les a pas obſervées, ces défauts peuvent de même que toutes les exceptions péremptoires être oppoſés juſqu'à la Sentence définitive, & même ſur l'appel.

279. Le retrayant déchu de ſon droit par un défaut de formalité dans ſon exploit de demande ou dans la procédure, a-t-il une action *ex conducto* contre le Procureur ou l'Huiſſier *cujus operas conduxit*, pour réparation de la perte de ſon droit, qu'il ſouffre par ſon impéritie? Selon les vrais principes, les

Huiſſiers & les Procureurs devroient en ce cas être tenus du tort qu'ils ont cauſé à la partie par leur impéritie; car toute perſonne qui fait profeſſion publique d'un état, eſt reſponſable du tort qu'il fait dans l'exercice de ſon état par ſon impéritie : *Imperitia culpæ annumeratur*, L. 132, ff. *de reb. jud.* ; L. 7, §. 8, *& paſſim.* ff. *ad L. Aqu.* Voyez *le Traité des Obligations*, *n.* 163. Néanmoins on n'obſerve pas toujours rigoureuſement ces principes. Montholon, *chap. 61*, rapporte un Arrêt qui déchargea en pareil cas un Procureur des dommages & intérêts contre lui prétendus, pour la nullité d'une demande en retrait; & fit néanmoins injonction aux Procureurs d'être plus exacts à l'avenir, à peine d'être tenus des dommages & intérêts de leurs parties. Me. Vaſlin, ſur la Rochelle, fait une diſtinction à l'égard des Huiſſiers : il dit, » Que l'Huiſſier eſt » garant de l'inobſervation des formalités preſcrites par l'Ordonnance, mais » non de celles preſcrites par la Coutume. » Je ne vois pas pourquoi un Huiſſier ſeroit plutôt diſpenſé de ſçavoir les diſpoſitions de ſa Coutume, qui concernent ſon état, que celles de l'Ordonnance. En un cas je le crois excuſable; c'eſt lorſque la formalité que l'Huiſſier n'a pas obſervée étoit requiſe par la Coutume du lieu où l'héritage eſt ſitué, & que l'Huiſſier étoit d'une Juriſdiction hors de cette Coutume. Comme lorſqu'un Huiſſier de Paris, qui a aſſigné quelqu'un à Paris ſur une demande en retrait pour un héritage ſis à Orléans, a omis dans ſon exploit l'élection de domicile preſcrite par l'article 367 de la Coutume d'Orléans, l'Huiſſier ne doit pas être garant de cette nullité : on ne doit pas exiger d'un Huiſſier qu'il ſçache toutes les Coutumes du Royaume : le retrayant doit s'imputer en ce cas de ne lui avoir pas donné un modele; mais ſi c'étoit un Huiſſier d'Orléans qui eût aſſigné, je ne vois pas pourquoi il ſeroit moins tenu du défaut de cette formalité, que d'un défaut de formalité d'Ordonnance.

CHAPITRE IX.

Des obligations du Retrayant.

280. LE principe général ſur les obligations du retrayant, eſt qu'il doit rendre l'acquéreur indemne, auſſi parfaitement qu'il lui eſt poſſible de le rendre indemne.

Cette obligation renferme, 1°. celle de rembourſer l'acheteur du prix qu'il a payé pour ſon acquiſition, & de l'acquitter de ce qui en reſte dû : 2°. Celle de l'indemniſer des charges appréciables à prix d'argent, qui font partie du prix de l'acquiſition, & qu'il a acquittées ou qu'il eſt tenu d'acquitter : 3°. Celle de l'indemniſer des loyaux-coûts de l'acquiſition : 4°. Celle de l'indemniſer des impenſes néceſſaires qu'il a faites ſur l'héritage.

Nous traiterons dans quatre Articles de ces différentes indemnités. Nous verrons dans un cinquieme ce qui doit être rembourſé lorſque le retrait s'exerce ſur un tiers. Nous verrons dans un ſixieme dans quel temps le retrayant eſt obligé

obligé de ſatisfaire à ſes obligations. Dans un ſeptieme, nous parlerons des offres & de la conſignation qu'il doit faire en cas de refus.

ARTICLE PREMIER.

Du prix.

281. Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a payé pour ſon acquiſition, & le faire décharger de ce qui en reſte dû.

§. I.

Quel eſt ce prix.

282. Ce prix eſt celui qui eſt porté au contrat. Néanmoins ſi le retrayant ſoutenoit qu'en fraude du retrait, on a exprimé un prix plus fort que celui qui a été convenu, & qu'il offrît d'en faire la preuve, il devroit être reçu à la faire même par témoins; & s'il la faiſoit, il ne ſeroit obligé à rembourſer que le prix qui a été, dans la vérité, convenu entre les parties.

Le retrayant, pour être admis à cette preuve, n'a pas beſoin de s'inſcrire en faux; car en ſoutenant qu'on a exprimé, par le contrat, un prix plus fort que celui qui eſt convenu, il ne ſoutient pas que le contrat eſt faux; mais ſeulement qu'il contient une fraude & un menſonge. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin ſur la Coutume de Nevers, *ch.* 31, *art.* 3 : *Nec tenebitur inſtrumentum arguere de falſo, quia aliud merum falſum, aliud fraus, aliud ſimulatio.*

Il peut faire entendre en dépoſition le vendeur ſur ce fait; Grimaudet, *v.* 9.

Le retrayant peut auſſi, à défaut de preuve, déférer à l'acquéreur le ſerment ſur la ſincérité du prix porté au contrat.

Quelques Coutumes puniſſent cette fraude des acquéreurs; *Voyez ſuprà, n.* 14.

283. Lorſque la vente qui a donné ouverture au retrait eſt conſtante, & qu'on ignore le prix pour lequel l'héritage a été vendu, on doit rendre le prix, ſuivant que les Experts diront que l'héritage valoit au temps du contrat, comme dans l'eſpece ſuivante.

Finge, la minute du contrat a été incendiée, on n'en a délivré aucune expédition, le vendeur & l'acheteur ſont morts; un lignager a donné la demande en retrait contre l'héritier de l'acheteur: ſur cette demande en conſéquence de l'incendie des minutes, on a admis le lignager à la preuve teſtimoniale de la vente qui a donné ouverture au retrait: le Notaire & les témoins entendus, ont dépoſé qu'ils ſe ſouviennent que le contrat de vente a été paſſé vers un tel temps; mais qu'ils ne ſe ſouviennent pas pour quel prix: il faut bien en ce cas avoir recours au dire d'Experts; & ce défaut de connoiſſance du prix ne ne doit pas exclure les lignagers. C'eſt l'avis de Grimaudet, *v.* 7.

284. Si c'étoit ſur l'acheteur que le retrait s'exerçât, & qu'il déclarât le prix pour lequel il a acheté l'héritage, je penſe que le Juge devroit s'en rapporter à cette déclaration de l'acheteur en prenant ſon ſerment. Si néanmoins le lignager ſoutenoit que ce prix prétendu n'eſt pas vraiſemblable, je penſe qu'il faudroit avoir recours à des Experts pour dire s'il eſt vraiſemblable; au

cas qu'il ne le fût pas, on n'aura pas d'égard à ſa déclaration, & le prix devra être reſtitué, ſuivant le dire deſdits Experts.

285. On ne doit pas non plus s'en rapporter à la déclaration de l'acquéreur, mais il faut avoir recours au dire d'Experts, lorſque l'acheteur a été trouvé en mauvaiſe foi ; *putà* s'il avoit commencé par dénier l'achat qu'il avoit fait, lequel a été juſtifié depuis.

386. Lorſqu'on n'a d'autre preuve de la vente qui a donné ouverture au retrait que la déclaration de l'acheteur, il n'eſt pas douteux en ce cas qu'on la doit prendre en entier, & qu'elle fait foi du prix pour lequel il confeſſe avoir acheté l'héritage.

287. Lorſqu'outre le prix porté au contrat l'acquéreur depuis a payé ou s'eſt obligé de payer au vendeur un ſupplément de prix, on demande ſi le retrayant eſt obligé de lui rembourſer ce ſupplément ou de l'en indemniſer, s'il le doit encore au vendeur ? Il n'eſt pas douteux que l'acheteur en doit être rembourſé, lorſqu'il a payé ce ſupplément, en vertu d'une ſentence, qui, ſur une action reſciſoire donnée contre lui par le vendeur pour cauſe de léſion d'outre moitié du juſte prix, l'a condamné à délaiſſer l'héritage, ſi mieux il n'aimoit payer ce ſupplément.

Il eſt auſſi ſans difficulté, que l'acheteur doit être rembourſé du ſupplément de prix qu'il a payé, lorſqu'il paroît qu'il l'a payé pour empêcher cette action ou quelqu'autre action reſciſoire, ou de réméré, ou quelqu'autre que le vendeur avoit droit de donner contre lui.

Pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions. Anjou, *art.* 364, dit : « le prix » de la grace (de réméré) achetée par l'acquéreur, ſe mettra en abondance » avec le principal en connoiſſance de retrait, *&c.* ; & *art.* 365, « & à ſemblable, le ſupplément fait par l'acquéreur par autorité de juſtice, & ſans fraude » avant l'ajournement, *&c.* Maine, 374, & 375, dit la même choſe en mêmes termes. Bourbonnois, *art.* 431, dit pareillement, « ſupplément du juſte prix, » achat du droit de réméré & frais qui en dépendent, faits ſans fraude pour » l'acquéreur avant l'ajournement, *&c.* ſe comptent avec le ſort principal : » Nivernois, *chap.* 31, *art.* 12, dit la même choſe.

288. Que doit-on décider dans le cas auquel l'acheteur croyant avoir acheté à trop vil prix, non pas néanmoins au-deſſous de la moitié du juſte prix, a par pure délicateſſe de conſcience, avant qu'il eut été donné aucune demande en retrait, payé ce ſupplément au vendeur. Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20 *gl.* 8, *n.* 1, ſemble décider que le retrayant doit rendre le prix avec le ſupplément ; car il dit : *Illud, & non primum, eſt verum pretium conventum, quaſi reformatâ priore venditione.* Cette déciſion doit avoir lieu lorſque le ſupplément du prix a été payé ou convenu avant la tradition réelle de l'héritage vendu : parce que la vente ne ſubſiſtant en ce cas que par le ſeul conſentement des parties, elle peut facilement être détruite & fondue en une autre, par un autre conſentement. *Voyez notre Traité du Contrat de Vente, n.* 326 *&* 327. Mais ſi ce n'eſt que depuis la tradition réelle faite en exécution de la vente qu'il a plu à l'acheteur de payer ce ſupplément de prix, il faut décider le contraire : car la vente ayant été exécutée par la tradition réelle, ne peut être détruite, les conditions n'en peuvent être changées au préjudice du droit de retrait acquis

irrévocablement à la famille du vendeur : il paroît même que c'eſt le ſens de Dumoulin, qui au lieu cité, veut, pour qu'on ait égard à l'augmentation du prix que *non fuerit conſummata & executa venditio.*

Les textes des Coutumes ci-deſſus rapportés, qui diſent indiſtinctement qu'on doit tenir compte à l'acquéreur du ſupplément du juſte prix qu'il a donné au vendeur ſans fraude avant l'ajournement, ne doivent s'entendre que de celui qu'il a donné pour ſe rédimer de quelque action que le vendeur conſervoit contre lui, & non de celui qu'il a donné volontairement ; Grimaudet, VII, 6.

289. Lorſqu'un acheteur a fait un décret ſur lui, qui eſt devenu forcé, & ſur lequel il a été obligé de ſe rendre adjudicataire pour un prix plus fort, ce n'eſt pas ſeulement le prix porté au contrat de vente qu'il doit rembourſer, comme l'a avancé l'Hommeau, III, 208, en quoi il a été juſtement repris par ſon commentateur Challine. C'eſt celui du décret qu'on doit rembourſer ; car ce n'eſt pas en ce cas le contrat de vente, puiſqu'il eſt devenu inefficace par les encheres portées au-deſſus du prix ; mais c'eſt le décret qui donne ouverture au retrait. C'eſt pourquoi dans les Coutumes, telles que la nôtre, qui diſent qu'héritage vendu par décret, n'eſt ſujet à retrait, il n'y auroit pas lieu en ce cas au retrait.

290. Lorſqu'une maiſon qui a été vendue, a été depuis brûlée ſans le fait ni la faute de l'acheteur, ou lorſqu'une partie des héritages compris dans un même marché eſt périe ; *putà*, ſi la riviere en a emporté une partie, le lignager qui retire ce qui en reſte, eſt-il obligé de rendre tout le prix du marché ? Tiraqueau, *ad finem*, *tit. n.* 76, décide qu'il ne doit rendre le prix qu'à proportion de ce qui reſte. Tous les exemples qu'il rapporte pour autoriſer ſa déciſion, n'ont aucun rapport au retrait. On peut dire pour ſon ſentiment que le lignager n'exerçant pas le retrait de ce qui n'exiſte plus, n'en doit pas rendre le prix ; que la perte étant arrivée pendant que l'acheteur étoit propriétaire, l'acheteur la doit ſupporter, ſuivant la regle *Res perit domino*. Ferronius décide au contraire que dans ce cas le lignager ne laiſſe pas d'être obligé de rendre tout le prix du marché. La raiſon eſt, que n'y ayant qu'un ſeul marché auquel le lignager eſt ſubrogé par le retrait, le lignager doit ſe charger de toutes les pertes ſurvenues dans les choſes compriſes au marché, puiſqu'il prend pour lui le marché. En cela on ne lui fait aucune injuſtice, puiſqu'il ne tient qu'à lui de ne pas ſe charger de ce marché en n'exerçant pas le retrait. Au contraire ce ſeroit une injuſtice manifeſte que le lignager ne prît le marché de l'acquéreur que pour les choſes qui reſtent de ce marché, & qu'il laiſſât le marché à l'achereur pour ce qui eſt péri : l'acheteur ſur qui on exerce le retrait, ceſſe d'être l'acheteur, & doit par conſéquent être rembourſé de tout ce que ſon ſon achat lui a coûté, par le retrayant qui devient acheteur à ſa place. Quant à ce qu'on propoſe que *res perit domino*, la réponſe eſt, que lorſque le propriétaire de la choſe qui eſt périe, en étoit débiteur envers quelqu'un, la perte tombe ſur celui à qui elle étoit due, ſuivant cette autre regle, *res perit creditori ;* la perte en doit donc tomber ſur le lignager retrayant, auquel en cas de retrait, la reſtitution de cette choſe eſt due. Cette déciſion de Ferronius eſt la plus juridique, & doit être ſuivie.

291. *Vice versâ*, ſi l'héritage depuis le contrat de vente, & avant la deman-

de en retrait étoit augmenté, *putà* par des alluvions, le retrayant doit profiter de ce bénéfice, & cette augmentation de l'héritage ne doit cauſer aucune augmentation dans le prix du marché qu'il doit rendre; car le retrayant, en prenant le marché pour ſon compte, en doit avoir tous les bénéfices, de même qu'il en ſupporte tous les riſques.

292. Obſervez que lorſque le prix porté au contrat, renferme, outre celui de l'héritage, celui des fruits pendans, ou de quelques jouiſſances, l'acquéreur qui en a profité, en doit faire déduction, comme nous le verrons au *chap.* 10.

293. Il reſte à obſerver que l'acquéreur doit être rembourſé du prix, non-ſeulement lorſqu'il l'a réellement payé, mais lorſqu'il s'en eſt acquitté par quelque eſpece de paiement fictif que ce ſoit; *putà* par la compenſation qu'il en auroit faite, avec quelque ſomme dont le vendeur lui étoit débiteur d'ailleurs.

Mais ſi la ſomme dont il a été fait compenſation avec une partie du prix étoit due par le vendeur à l'acheteur en vertu du même contrat de vente; *putà*, ſi le vendeur ſe trouvant débiteur des dommages & intérêts pour raiſon de quelque charge de l'héritage non-déclarée par le contrat, les dommages & intérêts euſſent été compenſés avec une partie du prix, il eſt évident que le retrayant ne ſeroit pas tenu de faire raiſon à l'acheteur de cette partie du prix; car la retrayant étant ſubrogé à tous les droits réſultans de l'achat, c'eſt au retrayant que ſont dûs ces dommages & intérêts auxquels cette partie du prix a été compenſée.

294. Suivant le même principe, ſi depuis le contrat de vente l'acheteur s'eſt acquitté du prix ou d'une partie par une novation en contractant une autre dette à la place, ſoit envers le vendeur, ſoit envers une autre perſonne de l'ordre du vendeur, il n'eſt pas douteux que le retrayant doit rembourſer à l'acheteur le prix, ou la partie du prix dont il s'eſt acquitté par cette novation, de même que s'il l'eût payée réellement; mais il n'eſt pas tenu de l'acquitter de la nouvelle dette.

Cependant ſi cette novation s'étoit faite par le contrat même de la vente, ou depuis, mais par une tranſaction entre le vendeur & l'acheteur ſur l'exécution de ce contrat, contre lequel le vendeur vouloit ſe pourvoir, la novation faiſant en ce cas partie des conditions du marché auquel le retrayant eſt ſubrogé, le retrayant ne doit pas en ce cas rendre le prix dont il s'eſt fait novation, mais il doit acquitter ou décharger l'acquéreur de la nouvelle obligation.

295. Suivant le même principe, ſi l'acheteur a été libéré du prix par la confuſion, ayant ſuccédé, ſoit à titre univerſel, ſoit à titre ſingulier au vendeur à la créance de ce prix, il n'eſt pas douteux qu'il en doit être rembourſé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé.

296. Pareillement, ſi le vendeur, pour gratifier l'acheteur, lui a fait remiſe d'une partie du prix, l'acheteur en doit être rembourſé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé; mais ſi le vendeur avoit déclaré par l'acte de remiſe, qu'il le faiſoit par délicateſſe de conſcience, & parce qu'il croyoit avoir vendu trop cher; le retrayant, comme devenu aux droits de l'acheteur, devroit profiter de la remiſe, & ne ſeroit pas tenu de rembourſer à l'acheteur la ſomme remiſe.

Obſervez auſſi que pour que l'acquéreur puiſſe prétendre le rembourſement de la partie du prix qui lui a été remiſe, il faut qu'il ne paroiſſe pas que cette partie du prix dont on lui a fait remiſe, n'étoit qu'un prix ſimulé, ajouté en fraude du retrait. C'eſt ce qui paroît lorſque l'acheteur eſt une perſonne qui n'a avec le vendeur aucune liaiſon de ſang ou d'amitié qui ait pu porter le vendeur à cette remiſe, & que d'ailleurs le prix ſans la partie dont il eſt dit qu'on a fait remiſe, eſt la juſte valeur de l'héritage.

Lorſqu'il n'y a pas une preuve ſuffiſante de la ſimulation du prix, on peut déférer le ſerment à l'acheteur.

§. II.

De la décharge du prix qui eſt encore dû.

297. Le retrayant, pour indemniſer l'acquéreur, doit lui procurer la décharge du prix qu'il n'a pas payé & qu'il doit encore.

Le retrayant peut procurer à l'acquéreur cette décharge, ou en payant à l'acquéreur la ſomme qu'il doit, ou en la payant au vendeur, & en remettant la quittance à l'acquéreur, ou en rapportant à l'acquéreur un acte par lequel le vendeur le décharge.

298. Il eſt ſouvent de l'intérêt du retrayant de payer au vendeur plutôt qu'à l'acquéreur; car lorſque l'acquéreur n'eſt pas bien ſolvable, le retrayant, en payant à l'acquéreur, court le riſque que cet acquéreur retienne l'argent & ne paye pas le vendeur, aux hypotheques duquel l'héritage retiré demeure ſujet pour ce prix que le retrayant ſera tenu de payer une ſeconde fois au vendeur, ſauf ſon recours contre l'acheteur à qui il l'a payé.

Le retrayant a donc intérêt de payer entre les mains du vendeur, pour éviter de courir ce riſque, & quoiqu'il ne ſoit pas débiteur du vendeur, il peut obliger le vendeur à recevoir de lui le prix qui lui eſt dû par l'acheteur: il peut à cet effet lui faire ſommation, & ſur ſon refus, conſigner. Le retrayant, en ce cas, remettra à l'acheteur la ſommation & la quittance de conſignation qui doit tenir lieu à l'acheteur de la quittance du vendeur, s'il eût voulu recevoir: le retrayant doit de plus faire à ſes riſques, déclarer contre le vendeur, les offres & la conſignation valables, & remettre à l'acquéreur, copie du jugement.

299. Si le vendeur veut bien recevoir le retrayant pour débiteur, & décharger l'acheteur, le retrayant, en remettant à l'acheteur cette décharge, ſatisfait à cet égard à l'obligation du retrait, de même que s'il eût payé.

300. Si le prix n'étoit pas encore exigible, ſoit pour le total, ſoit pour partie lors du retrait, le retrayant pourroit-il obliger le vendeur à l'accepter pour débiteur de ce prix & de toutes les obligations portées au contrat de vente, & à en décharger l'acheteur, en donnant par le retrayant, audit vendeur, bonne & ſuffiſante caution? On peut apporter des raiſons aſſez plauſibles en apparence pour l'affirmative. Le droit du retrait étant le droit qu'a le lignager de prendre le marché de l'acheteur étranger, & d'être ſubrogé à l'achat qu'il a fait, tous les droits réſultans de cet achat ſont tranſférés de la perſonne de

l'acheteur étranger , en celle du retrayant ; il paroît s'enſuivre que les obligations réſultantes de cet achat doivent pareillement paſſer de ſa perſonne en celle du retrayant , & que cet acheteur étranger en doit être déchargé. Il eſt vrai que cette tranſlation des droits & des obligations de l'acheteur en la perſonne du retrayant , ne doit pas préjudicier au vendeur. Mais au moyen de la caution qui lui ſera donnée , elle ne lui cauſera aucun préjudice , étant indifférent au vendeur qui il ait pour débiteur , pourvu qu'il ait une ſûreté entiere , qui lui eſt procurée par une bonne caution que lui donnera le retrayant. C'eſt l'avis de Grimaudet , VII , 10 , qui va même juſqu'à dire , qu'on ne doit pas toujours obliger pour cela le retrayant à donner caution , & que cela doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge.

Nonobſtant ces raiſons , Dumoulin , *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 8 , *n.* 8 , décide que le vendeur n'eſt pas obligé , quelque caution qu'on lui offre , à accepter le retrayant pour débiteur , à la place de l'acheteur. La raiſon eſt que le retrait eſt une affaire qui ne ſe paſſe qu'entre le retrayant & l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce , & qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait , l'acheteur étant cenſé s'être chargé d'en courir le riſque , le retrait ne peut donner à l'acheteur ſur qui il eſt exercé , aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de ſon obligation : le vendeur ſe trouve donc dans la regle générale qui ne permet pas qu'un créancier puiſſe être obligé malgré lui à changer de débiteur , quelque caution qu'on lui offre. Pluſieurs Coutumes ont des diſpoſitions conformes à cette déciſion de Dumoulin ; Melun , *art.* 155 ; Auxerre , *art.* 175 ; Sens , 53 , *&c.*

301. De-là naît une autre queſtion, qui eſt de ſçavoir ſi le vendeur ne voulant pas décharger l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé , de ſes obligations , le retrayant peut jouir des termes accordés par le contrat pour le paiement du prix , en offrant bonne & ſuffiſante caution à l'acheteur , de payer auſſi-tôt l'échéance du terme , & de lui rapporter quittance ou décharge ? Dumoulin , *d. gl. n.* 5 , décide pour l'affirmative. Sa raiſon eſt que le retrayant étant par le retrait ſubrogé au marché qu'a fait l'acheteur , il doit jouir de tous les avantages qui en font partie , & par conſéquent du terme accordé par le marché : s'il n'en jouiſſoit pas , & qu'il fût obligé de payer comptant ce que l'acheteur ne s'eſt obligé de payer qu'au bout d'un certain terme , il acheteroit plus cher que l'acheteur ; car le plus s'eſtime *non ſolùm quantitate ſed & tempore* , ce qui paroît être contre la nature du retrait , qui n'étant qu'une ſubrogation au marché de l'acheteur , doit ſe faire au même prix & aux mêmes conditions. L'acheteur ne peut ſe plaindre de ce qu'il demeurera obligé pendant le temps que durera le terme , puiſqu'il eſt pourvu à ſon indemnité par une bonne & ſuffiſante caution qu'on lui donne. Ce ſentiment a été embraſſé par quelques Coutumes ; Sens ; Melun ; Auxerre , aux articles ci-deſſus cités.

Au contraire la Coutume de Troyes , *art.* 161 , & celle de Rheims , *art.* 225 , ne permettent pas que le retrayant jouiſſe en ce cas du terme en donnant caution , & elles l'obligent à rapporter à l'acheteur dans les vingt-quatre heures , quittance ou déchargé du prix qui reſte à payer , quoique le terme du paiement ne ſoit pas échu. La raiſon ſur laquelle elles ſe fondent , eſt que le retrayant doit indemniſer l'acquéreur auſſi parfaitement qu'il peut le faire : or la caution

qu'on lui donne ne le décharge pas de ſon obligation, & n'empêche pas qu'il ne courre le riſque d'être expoſé à des contraintes pour le paiement du prix, ſauf ſon recours ; il eſt donc évident qu'elle ne l'indemniſe pas auſſi parfaitement que le paiement ou la décharge de ſon obligation.

Il paroit que c'eſt auſſi l'eſprit des Coutumes de Paris & d'Orléans. On peut tirer argument de l'*art.* 137 de Paris, & 390 d'Orléans, par leſquelles ces Coutumes obligent le retrayant ſur un bail à rente rachetable, à rembourſer la rente dans les vingt-quatre heures, & ne permettent pas par conſéquent au retrayant de jouir de la faculté qu'auroit eue le preneur ſur qui le retrait eſt exercé, de retenir le prix en payant la rente.

Obſervez en paſſant qu'il faut ſuppoſer dans l'eſpece de ces articles, que par le bail il y avoit quelque clauſe de fournir & faire valoir la rente ou autre ſemblable, en vertu de laquelle le preneur ſeroit demeuré obligé à la rente nonobſtant le retrait exercé ſur lui ; car ſi le bail étoit un ſimple bail à rente, le preneur étant déchargé de plein droit de la rente pour l'avenir, en ceſſant de poſſéder l'héritage, il n'auroit aucun intérêt au rachat de la rente, & il n'y auroit par conſéquent aucune raiſon d'obliger le retrayant à ce rachat.

Ces diſpoſitions des Coutumes de Paris & d'Orléans ayant été ajoutées lors de la réformation, & formées apparamment ſur la Juriſprudence qui avoit lieu alors, il y a lieu de penſer qu'elles doivent avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

302. Lorſque le terme du paiemént a été accordé en faveur du vendeur, étant porté par le contrat que le prix ne pourroit être payé qu'au bout d'un certain temps ; en ce cas n'étant pas au pouvoir du retrayaut de payer le vendeur qui ne veut pas recevoir avant le terme porté par le contrat, l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, doit ſe contenter de la caution que le retrayant lui donne de payer à ſa décharge, lors de l'échéance du terme ; car la caution étant la ſeule eſpece d'indemnité qu'il ſoit poſſible de donner, l'acheteur doit s'en contenter, perſonne ne pouvant être tenu à l'impoſſible.

303. Il en eſt de méme lorſque la vente a été faite à la charge de la preſtation de quelque rente qui ne peut étre rembourſée, le retrayant ne peut étre obligé à autre choſe qu'à donner caution de l'acquitter à la charge de l'acheteur.

ARTICLE II.

Des charges impoſées à l'acheteur par le contrat de vente.

304. Les charges appréciables à prix d'argent qui ſont impoſées à l'acheteur par le contrat de vente, ſont partie du prix. C'eſt pourquoi lorſqu'elles ont été acquittées par l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, le retrayant doit rembourſer l'acheteur de la ſomme à laquelle elles ſeront eſtimées, de méme qu'il le doit rembourſer du prix principal de l'acquiſition.

Il y a ſeulement cette différence, que le prix principal étant une ſomme d'argent certaine & liquide, le rembourſement en doit étre fait dans le temps fatal accordé par la Coutume pour l'exécution du retrait ; au lieu que le prix de

ces charges n'étant pas liquide, il n'y a point de temps fatal pour le reſtituer; il doit ſeulement l'être après que l'eſtimation en aura été faite.

Cette eſtimation doit être faite aux dépens du retrayant, par des eſtimateurs dont l'un doit être choiſi par le retrayant, & l'autre par l'acheteur; & ſi les eſtimateurs ne s'accordent pas, l'eſtimation ſe fait par un tiers qui eſt en ce cas nommé d'office par le Juge.

305. Lorſque les charges n'étoient pas encore acquittées lors du retrait, ſuivant le principe que nous avons établi en l'*art.* précédent, l'acheteur n'en demeure pas, par le retrait, déchargé envers le vendeur: par exemple, ſi vous avez détaché de vos terres une petite métairie que vous avez vendue à un Arpenteur pour la ſomme de mille écus, & en outre à la charge qu'il feroit l'arpentage, & leveroit le plan de toutes vos terres; quoiqu'on ait exercé le retrait ſur lui peu après ſon acquiſition, & avant qu'il ait commencé ce travail, il ne demeure pas moins obligé envers vous à le faire. C'eſt pourquoi le retrayant doit l'indemniſer de cette charge à laquelle il s'eſt obligé, & lui payer le prix qu'on eſtimera que valent ce plan & cet arpentage qu'il s'eſt obligé de faire.

Au reſte, je penſe que le retrayant n'eſt pas obligé à payer d'avance à l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, le prix de ce plan & de cet arpentage, mais ſeulement à lui donner bonne & ſuffiſante caution de le lui payer après que l'ouvrage aura été fait & reçu par le vendeur; autrement le retrayant couroit riſque de payer deux fois, au cas que l'acheteur, après avoir reçu de lui le prix de cet ouvrage qu'il s'eſt chargé de faire, ne fit pas l'ouvrage comme il faut, ou ne le fit point du tout, & qu'il fût inſolvable; car l'héritage retiré eſt hypothéqué aux dommages & intérêts du vendeur réſultans de l'inexécution de cette charge du contrat. D'ailleurs on ne fait aucun tort à l'acheteur arpenteur en différant le paiement du prix de ſon ouvrage, après qu'il aura été fini & reçu, ces ouvrages ne ſe payant pas ordinairement plutôt.

306. Cette déciſion doit ſur-tout avoir lieu lorſque la charge impoſée à l'acheteur ſur qui on a exercé le retrait, eſt une charge qui ne conſiſte que dans le travail perſonnel de l'acheteur à qui elle a été impoſée, & qui ne demande que peu ou point d'avances pour être acquittée. Il ne faudroit pas toujours décider la même choſe lorſque la charge exige des avances. Par exemple, ſi j'ai vendu un héritage à un Entrepreneur pour une certaine ſomme, & à la charge qu'il me conſtruiroit à ſes frais dans un tel lieu un bâtiment, ſuivant le devis fait entre nous, je ne crois pas qu'on doive renvoyer cet acheteur-entrepreneur à recevoir le prix du bâtiment qu'il s'eſt obligé de faire après qu'il l'aura fini: je penſe qu'il doit être admis à demander que le retrayant lui en avance le prix, aux offres que feroit cet entrepreneur de donner bonne & ſuffiſante caution de le faire; & que dans le cas auquel il n'auroit pas de caution à donner, il devroit être admis à demander au retrayant partie du prix de ſon ouvrage à meſure qu'il ſeroit avancé.

307. Lorſque les charges impoſées par le contrat à l'acheteur ne ſont pas appréciables à prix d'argent; comme ſi un Curé a vendu une maiſon à un Eccléſiaſtique pour une certaine ſomme, & à la charge qu'il feroit les catéchiſmes dans ſa Paroiſſe trois fois la ſemaine, depuis la Touſſaint juſqu'à Pâques,

Pâques, & qu'il ne fût pas d'uſage dans cette Paroiſſe qu'il y eût un Catéchiſte, à qui le Curé donnât un certain honoraire ; l'acheteur en ce cas, quoiqu'il ait acquitté cette charge, ne peut en cas de retrait, prétendre rien à cet égard du retrayant ; car quelle ſomme pourroit-il prétendre ? puiſque ce qu'il a fait n'eſt appréciable à aucune ſomme.

308. Lorſqu'on eſt convenu par le contrat de vente que l'acheteur prêteroit une certaine ſomme au vendeur qui la lui rendroit dans un certain temps ; lequel prêt a été fait effectivement. Grimaudet, VII, 7, penſe que le retrayant doit indemniſer l'acheteur de ce prêt, qui eſt une charge du contrat de vente ; en lui rendant la ſomme prêtée, & qu'il ne ſuffiroit pas de lui faire raiſon des intérêts de cette ſomme, juſqu'au temps qu'il aura droit de la répéter du vendeur à qui il l'a prêtée.

Il faut néanmoins prendre garde ſi cette clauſe n'a pas été appoſée en fraude du droit de retrait, pour le rendre impoſſible au retrayant qui n'auroit pas le moyen de trouver une ſomme conſidérable qu'on n'a prêtée que pour cet effet au vendeur ; ce qui doit s'eſtimer par les circonſtances.

ARTICLE III.

Du rembourſement des loyaux-coûts.

309. Le retrayant doit indemniſer l'acquéreur, non-ſeulement du prix & de ce qui en fait partie, comme nous l'avons vu dans les articles précédens ; il doit l'indemniſer généralement de tous les loyaux-coûts de l'acquiſition, c'eſt-à-dire, de tout ce qu'il a été obligé de rembourſer pour les frais de l'acquiſition.

On ne doit pas néanmoins confondre les *coûts* de l'acquiſition avec ce qu'il en a coûté à l'acquéreur à l'occaſion de l'acquiſition, plutôt que pour l'acquiſition. On n'appelle *coûts* de l'acquiſition que ceux dont l'acquiſition a été la cauſe prochaine & immédiate, & qui ont été faits pour y parvenir, & non ceux dont elle n'a été que l'occaſion. Par exemple, ſi dans le voyage que j'ai fait pour aller viſiter l'héritage dont on a exercé le retrait ſur moi, j'ai été volé en chemin, je ne puis prétendre que le rembourſement des frais ordinaires de voyage, qui ſont frais de l'acquiſition ; mais je ne puis exiger aucune indemnité pour le vol qui m'a été fait ; car cette perte a été occaſionnée par l'acquiſition ; mais elle ne l'a pas pour cauſe : *Hoc magis caſibus quàm negotio emptionis imputanda ſunt.* C'eſt ſur le même principe qu'il eſt décidé en Droit qu'un mandataire qui doit être indemniſé de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'exécution du mandat, ne doit pas néanmoins l'être de ce qu'il lui en a coûté ſeulement à l'occaſion du mandat : *Non omnia quæ impenſurus non fuit, imputabit, veluti quòd ſpoliatus ſit à latronibus . . . nam hæc magis caſibus quàm mandato imputari oportet ;* L. 26, §. 6, ff. *Mand.* ; Tiraq. ; ff. 29, *gl.* 4, *n.* 15.

310. Dans les Coutumes où le plus prochain lignager eſt préféré, ſi l'acheteur avoit donné une ſomme au plus prochain pour le faire renoncer au retrait, devroit-il être rembourſé de cette ſomme par le lignager plus éloigné qui exerce le retrait ? Boer & Chaſſanée décident pour l'affirmative, parce que le lignager plus éloigné qui auroit été exclus ſans cela, profite de cette dépenſe. L'opinion

pour la négative que ſuit Tiraqueau, ff. 29, *gl.* 4, *n.* 14, paroît meilleure; car cette impenſe n'eſt pas faite pour l'acquiſition; on ne peut pas même aſſurer que le plus prochain eût ſans cela retiré; il a pu faire ſemblant de le vouloir pour tirer cette ſomme.

311. Le retrayant n'eſt pas même obligé de rembourſer à l'acquéreur indiſtinctement tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquiſition, mais ſeulement tout ce qu'il a dû lui coûter; c'eſt ce que ſignifient ces termes de *loyaux-coûts.* S'il a fait des dépenſes inutiles qu'il eût pu ſe paſſer de faire, il n'en peut pas prétendre le rembourſement.

312. Ces *loyaux-coûts* ſont, 1°. ce que l'acheteur a donné à la femme, aux enfans, ou aux domeſtiques du vendeur ou autres perſonnes, pour pots-de-vin, épingles, ou ſous quelqu'autre dénomination que ce ſoit, pourvu qu'il paroiſſe par le contrat que cela a fait partie des conditions du contrat.

Mais ſi l'acheteur, par pure libéralité, & ſans que cela eût été ſtipulé par le contrat, avoit fait ces préſens, il ne pourroit en prétendre le rembourſement; car ce ne ſont pas en ce cas des *loyaux-coûts*, ſuivant la définition que nous en avons donnée, puiſqu'il pouvoit ſe diſpenſer de les faire.

Je penſe même que lorſque ces pots-de-vin & épingles ne ſont pas ſtipulés par le contrat de vente, l'acquéreur ne ſeroit pas admis à prouver par témoins qu'ils ont été une des conditions du marché; car il a été au pouvoir de l'acquéreur de ſe procurer la preuve par écrit de cette convention vis-à-vis le retrayant. Je penſe auſſi que des actes ſous ſignature privée, ou même pardevant Notaires, par leſquels le vendeur déclareroit que ces pots-de-vin ou épingles ont fait partie du marché, pourroient par les circonſtances du temps dans lequel ils ont été faits, ou par d'autres circonſtances être rejettés comme des actes auxquels on ne devroit pas ajouter foi, l'acheteur devant s'imputer de n'avoir pas fait faire mention de cette convention dans le contrat.

313. 2°. Les frais du contrat ſont auſſi des *loyaux-coûts;* ce qui comprend le contrôle, l'inſinuation, le centieme-denier, le papier & le parchemin, & les ſalaires du Notaire, tant pour la minute que pour les expéditions délivrées au vendeur & à l'acheteur, les frais des quittances des paiemens faits, ſoit au vendeur, ſoit aux créanciers délégués.

314. 3°. Ce que l'acheteur a donné ou promis de donner au proxenete ou entremetteur du marché, doit auſſi être compris dans les *loyaux-coûts*, juſqu'à concurrence néanmoins de ce qu'il eſt d'uſage de donner à ces ſortes de gens en pareil cas.

315. 4°. Les frais de voyage faits, ſoit par l'acheteur, ſoit par quelque expert envoyé de ſa part pour viſiter l'héritage, doivent auſſi être couchés en *loyaux-coûts*, auſſi-bien que le ſalaire de cet expert; car il eſt de la prudence d'un acheteur de viſiter ou faire viſiter un héritage avant que de l'acheter. Il en eſt de même des frais de voyage pour la paſſation du contrat.

Obſervez que ces frais de voyage ne lui doivent être rembourſés qu'autant qu'il les a faits exprès, & qu'il ne les eût pas faits ſans cela. S'il a fait ces voyages pour d'autres affaires, & que l'affaire de ſon acquiſition ait ſeulement prolongé le temps du voyage, il ne peut prétendre le rembourſement que de la dépenſe que lui a occaſionné cette prolongation.

316. Quelques Auteurs comprennent auſſi parmi les *loyaux-coûts*, le *coût* des conſultations d'Avocats que l'acheteur a faites pour la sûreté de ſon acquiſition. On doit à cet égard eſtimer s'il y avoit un juſte ſujet de conſulter, & ſi ce qui a été donné pour la conſultation n'eſt pas exceſſif.

317. 5°. Le retrayant doit auſſi payer à l'acheteur par forme de *loyaux-coûts*, les intérêts du prix que l'acheteur a payé au vendeur, leſquels doivent courir depuis le jour du paiement que l'acheteur a fait, juſqu'aux offres du retrayant; à moins que l'acheteur n'eût perçu les fruits de l'héritage, qui ſont cenſés le dédommager de la privation de la jouiſſance du prix qu'il a payé: autrement il eſt juſte qu'il en ſoit indemniſé par ces intérêts; car s'il n'eût pas fait l'acquiſition de l'héritage qui lui eſt retiré, il auroit fait un autre emploi de ſon argent qui lui eût produit un revenu.

318. A plus forte raiſon l'acheteur qui n'a pas perçu les fruits, doit être rembourſé ou déchargé des intérêts qui ont couru contre lui, pour le prix de l'achat qu'il n'a pas encore payé. Il doit l'être pareillement des arrérages de rente qui ont couru contre lui, lorſque c'eſt ſur un bail à rente que le retrait eſt exercé.

319. Lorſque la demande en retrait n'eſt donnée qu'après la récolte qui a été ſtérile, l'acheteur peut-il demander à être rembourſé ou indemniſé de ces intérêts & arrérages qui ont couru contre lui, en offrant de compter des fruits qu'il a perçus, & d'en faire déduction? La Coutume de Paris décide la queſtion, *art.* 138, dans le cas d'un retrait ſur un bail à rente rachetable: elle dit que l'acheteur peut mettre en *loyaux-coûts* les arrérages échus dans l'an précédant l'ajournement, en rendant les fruits par lui perçus dans ledit an. La raiſon eſt que l'acquéreur doit être rendu parfaitement indemne. Cette raiſon milite également à l'égard des intérêts du prix d'un contrat de vente. Cependant parmi les Arrêts de M. Leprêtre, il ſe trouve un Arrêt du 18 Août 1626, qui a débouté les Religieuſes de l'Annonciade, ſur qui le Duc d'Elbœuf avoit retiré l'Hôtel de Mayenne, de leur demande des intérêts du prix courus depuis l'acquiſition, aux offres de compter des loyers de la maiſon.

320. 6°. Les frais du décret que l'acheteur a fait faire ſur lui pour la sûreté de ſon acquiſition, doivent auſſi être compris parmi les *loyaux-coûts*; je penſe qu'il eſt à cet égard indifférent que la faculté de décréter ait été ſtipulée ou non par le contrat.

321. 7°. Les frais de l'inſtance que l'acheteur a eue contre le vendeur pour l'obliger à l'exécution du contrat, doivent auſſi être compris dans les *loyaux-coûts* que le retrayant doit rembourſer à l'acheteur, & en les rembourſant il eſt ſubrogé aux droits de l'acheteur pour les répéter contre le vendeur.

322. 8°. Les frais d'inſtance que l'acquéreur a faits ſur la demande en retrait donnée contre lui, lorſqu'il n'a pas conteſté.

323. 9°. Le droit de franc-fief que l'acheteur a été obligé de payer, fait partie des *loyaux-coûts* qui doivent lui être rembourſés, lorſque le retrayant eſt lui-même d'une condition qui le rend ſujet à ce droit, parce qu'en ce cas il ſe trouve que l'acquéreur l'en a acquitté. Mais c'eſt une queſtion entre les Auteurs, ſi le retrayant non ſujet à ce droit, en doit néanmoins rembourſer l'acheteur qui a été contraint de le payer. La raiſon pour l'affirmative eſt que

le retrayant doit rendre l'acheteur indemne de tout ce qu'il a été obligé de payer pour ſon acquiſition, & ce n'eſt pas le rendre parfaitement indemne que de lui laiſſer un procès contre le traitant pour la répétition du droit qu'il a payé : il faut pour la parfaite indemnité de l'acquéreur, que le retrayant le rembourſe & ſe faſſe ſubroger aux droits de l'acquéreur contre le traitant pour la répétition.

Ce premier ſentiment eſt ſuivi par les Annotateurs de Dupleſſis, par Boucheul, ſur Poitou, & par pluſieurs autres. Au contraire Tronçon, *art.* 129, cité par Lemaître, tient la négative. La raiſon ſur laquelle ils ſe fondent, eſt de dire qu'il eſt vrai qu'un acquéreur capable de poſſéder l'héritage qu'il a acquis, doit être rembourſé de tout ce qu'il a été obligé de débourſer pour l'acquiſition qu'il a faite; mais que celui qui étoit incapable de le poſſéder, tel qu'eſt un roturier à l'égard des biens nobles, n'eſt pas en droit de ſe faire rembourſer par le retrayant noble du franc-fief qu'il a payé pour purger ſon incapacité : que ce n'eſt pas tant l'acquiſition par elle-même que l'incapacité perſonnelle de cet acquéreur qui lui a donné cette dépenſe : que ce retrayant noble ne doit pas ſouffrir de la condition de cet acquéreur & de ce qu'il a voulu acquérir un bien dont il étoit incapable. Ce ſentiment a été embraſſé par Chopin ſur Paris, 11, 6, 6, & ſuivi par Ferriere. La premiere opinion me paroît préférable : l'incapacité en laquelle étoient autrefois les roturiers de poſſéder des fiefs, n'a plus lieu, le commerce leur en a été accordé ; ils ſont ſeulement ſujets à payer pour ces biens une certaine finance au Roi : cette finance eſt un coût légitime de leur acquiſition, & d'une acquiſition qui ne leur eſt pas interdite : ils doivent par conſéquent en être pleinement indemniſés par le retrayant.

324. Doit-on décider la même choſe à l'égard des droits qu'ont été obligés de payer les gens de main-morte pour l'acquiſition d'un héritage, dont on exerce le retrait ſur eux. Le retrayant eſt-il obligé de les rembourſer du droit d'amortiſſement qu'ils ont payé au Roi, du coût des Lettres-Patentes qu'ils ont obtenues pour avoir la permiſſion d'acquérir, du droit d'indemnité qu'ils ont été obligés de payer au Seigneur, ſauf au retrayant à répéter contre le fermier le droit d'amortiſſement, & contre le Seigneur le droit d'indemnité ? Je penſe que le retrayant n'y eſt pas tenu : ce cas-ci eſt différent du précédent : les gens de main-morte ſont vraiment incapables de poſſéder & acquérir des héritages : le commerce leur en eſt interdit. Lorſque par une grace particuliere le Roi les releve de cette interdiction pour une acquiſition particuliere qu'ils prient le Roi de leur permettre de faire, c'eſt une grace qui ne doit pas préjudicier aux lignagers du vendeur, ni par conſéquent leur rendre trop onéreux leur droit de retrait, que ſouvent ils ſeroient hors d'état d'exercer, s'il falloit qu'ils trouvaſſent de l'argent pour rembourſer des droits auſſi conſidérables que ceux d'amortiſſement & d'indemnité, que les gens de main-morte payent pour les acquiſitions qu'ils font. C'eſt l'avis de Guyot, en ſon Traité des Fiefs; de Vaſlin, ſur la Rochelle.

10°. Enfin les profits ſeigneuriaux que l'acquéreur a payés pour ſon acquiſition, les frais des ports de foi & des dénombremens, des reconnoiſſances cenſuelles qu'il a paſſées au Seigneur, des reconnoiſſances de rentes foncieres&

déclarations d'hypotheques qu'il a été obligé de paſſer à ceux qui avoient quelque droit de rente fonciere, ou quelque droit d'hypotheque ſur l'héritage, ſont des *loyaux-coûts* qui doivent être rembourſés.

Cela a lieu quand même l'héritage retiré ſeroit dans la mouvance du Roi, & que le retrayant auroit par un droit attribué à l'office ou à la dignité dont il eſt revêtu, le privilege de ne point devoir de profit pour les acquiſitions qu'il fait dans cette mouvance : il ne doit pas moins le rembourſer à l'acquéreur, lorſque l'acquéreur l'a payé, ſauf à lui après qu'il l'aura rembourſé à l'acquéreur, à le répéter contre le Receveur du Domaine. *Voyez ſur cette répétition*, infrà, *chap.* 11, *art.* 5.

Quid vice versâ, lorſque l'acquéreur eſt un Secrétaire du Roi, ou autre privilégié, & que le retrayant ne l'eſt pas ? Il n'eſt pas douteux en ce cas que le retrayant doit le profit ; mais le doit-il au fermier du Roi, ou le doit-il payer à l'acquéreur privilégié ſur qui le retrait eſt exercé ? Il ſemble qu'il eſt du au fermier : le privilégié ſur qui le retrait eſt exercé, ayant ceſſé par le retrait d'être acheteur, ſon achat étant détruit en ſa perſonne & transféré en celle du retrayant, il ſemble qu'il n'eſt pas dans le cas de jouir du privilege accordé aux Secrétaires du Roi, d'être exempts de profits pour les ventes ou achats qu'ils feroient dans la mouvance du Roi. C'étoit l'avis de Dumoulin, *in Conſ. Par.* ff. 22, *n.* 6, qui dans cette eſpece dit, que le privilégié *non debet negotiari ultrà fines privilegii ;* & on a jugé conformément à ce ſentiment par Arrêts des 21 Août 1649, & 18 Décembre 1668. Néanmoins depuis par un Arrêt de 1714, on a jugé que le profit devoit en ce cas être payé non au fermier des droits du Roi, mais à cet acquéreur privilégié ſur qui le retrait eſt exercé ; de même que ſi cet acquéreur privilégié l'eût effectivement payé. On peut dire pour cette déciſion, que c'eſt la vente faite à l'acquéreur ſur qui on exerce depuis le retrait, qui donne ouverture au profit : que c'eſt l'acquéreur qui dès le moment du contrat en contracte l'obligation envers le Seigneur. Lorſqu'il eſt privilégié, ce n'eſt qu'en conſéquence de ſon privilege qu'il n'eſt pas débiteur du profit envers le Roi, ſon privilege lui en opere une remiſe que le Roi lui en fait. Cette remiſe équipolle à paiement : il doit en profiter, & par conſéquent le profit doit lui être reſtitué par le retrayant, de même que ſi cet acquéreur l'eût payé.

D'un autre côté on pourroit repliquer contre l'Arrêt de 1714, que cet Arrêt a été rendu dans la Coutume de Poitou, ſuivant que l'atteſte Vaſlin, qui dit en avoir eu communication. Or cette Coutume a une diſpoſition en l'article 355, qui eſt favorable à la prétention des Secrétaires du Roi. Il eſt dit en termes exprès, que *où les ventes auroient été remiſes, ſoit par bienfait ou* PRIVILEGE SPÉCIAL, *en ſera auſſi fait rembourſement avec le prix par ledit retrayant.* On ne peut donc pas conclure de cet Arrêt que la Cour eût jugé de même dans d'autres Coutumes qui n'ont pas pareille diſpoſition, ni par conſéquent qu'elle ait voulu changer ſa Juriſprudence établie par les Arrêts de 1649 & 1668, ci-deſſus cités. La queſtion a été enfin décidée par l'Edit du mois de Décembre 1743, *art.* 5, qui porte que les Secrétaires du Roi ſont confirmés dans le privilege *de jouir dudit don & remiſe* (des profits,) *ſoit qu'ils ſoient retrayans ou convenus en retrait.*

Lorſque le Seigneur a reçu de l'acquéreur une certaine ſomme pour le profit qui lui étoit du, & qu'il a fait remiſe du ſurplus, le retrayant doit rendre à cet acquéreur le profit entier, & non pas ſeulement la ſomme qu'il a payée au Seigneur. C'eſt l'avis de Dumoulin *in Conſ. Par.* §. 22, *n.* 6, & de tous les Auteurs. Il dit qu'il y a une grande différence entre le cas d'un privilégié ſur qui on exerce le retrait & ce cas-ci. Dans le cas du privilégié ſur qui on exerce le retrait, le privilege empêche bien que la vente faite au privilégié ne produiſe au Roi des lods & ventes, juſqu'à ce que par le retrait elle ait été transférée en la perſonne du retrayant non privilégié; mais elle ne ſubroge pas le privilégié aux droits du Roi, pour ſe faire rembourſer de ce profit par le retrayant : il ne peut pas dire que le Roi lui ait fait paſſer ſes droits pour le profit, puiſque le profit n'a pas été acquis au Roi. Au contraire lorſque la vente du fief a été faite à un particulier à qui un Seigneur a fait remiſe du profit, ou d'une partie du profit, cette remiſe emporte un don que le Seigneur à qui le profit a été acquis fait à cet acquéreur, & par conſéquent cet acquéreur, comme étant par cette remiſe aux droits de Seigneur, peut s'en faire rembourſer par le retrayant. C'eſt le ſens de ces termes de Dumoulin, *latiſſima eſt differentia inter ſimplicem immunitatem quæ impedit acquiſitionem juris, & ceſſionem quæ implicat agnitionem & acceptationem jurium & tranſlationem jurium acquiſitorum in alium.*

Cette déciſion ſouffre exception à l'égard des remiſes du quart qui ſont faites aux acquéreurs par les Receveurs des Domaines du Roi. Ces remiſes étant des remiſes que les Receveurs ſont obligés de faire indiſtinctement à tous les acquéreurs qui donnent avis de leur acquiſition, ne peuvent être cenſées faites par aucune conſidération perſonnelle de l'acquéreur : elles ſont cenſées n'être faites à l'acquéreur qu'en ſa qualité d'acquéreur, & par conſéquent ce n'eſt pas l'acquéreur qui par le retrait ceſſe d'être acquéreur, c'eſt le retrayant qui devient l'acquéreur en ſa place qui doit profiter de cette remiſe. C'eſt l'avis de Livoniere, *Traité des Fiefs*, & de pluſieurs autres Auteurs.

327. Vaſſin, ſur l'*art.* 35 de la Rochelle, apporte une deuxieme exception qui eſt, que l'acquéreur ne doit pas être reçu à ſe faire rembourſer la remiſe, lorſqu'il n'a payé le profit & obtenu la remiſe que depuis la demande en retrait; parce que le lignager qui exerce le retrait ſur vous, s'étant, par la demande qu'il a donnée contre vous, déclaré acheteur en votre place, & étant dès-lors en votre place chargé du profit, il eſt contre la bonne foi qu'en prenant les devans, vous lui interceptiez les moyens qu'il avoit d'aller trouver le Seigneur, & d'obtenir de lui la remiſe qu'il auroit vraiſemblablement obtenue comme vous. Il prétend que c'eſt pour cette raiſon que Coquille, ſur l'*art.* 12, *du chap.* 31 de la Coutume de Nevers dit que l'acheteur, depuis les offres, ne doit payer les profits, *ſans en avertir & ſommer le retrayant.* Cette déciſion de Vaſſin nous paroît très-équitable.

ARTICLE IV.

Des impenſes.

328. Par la même raiſon que l'acquéreur doit être rembourſé des loyaux-coûts qu'il a faits pour ſon acquiſition, il doit pareillement être rembourſé des

impenſes qu'il a été obligé de faire ſur l'héritage ; ce rembourſement fait également partie de l'indemnité qui lui eſt due par le retrayant.

328. Obſervez qu'il ne doit être rembourſé que de celles qu'il a faites ſur l'héritage même *in rem ipſam*, telles que ſont les réparations qu'il a faites aux bâtimens ; mais il ne peut prétendre le rembourſement de celles qu'il a faites, non ſur l'héritage, mais ſeulement à l'occaſion de l'héritage. Par exemple, ſi l'acquéreur d'un héritage ſur qui on exerce le retrait, avoit, avant la demande en retrait, acheté des chevaux pour faire valoir cet héritage, & que ces chevaux fuſſent morts, il ne pourroit pas prétendre qu'on lui remboursât le prix qu'ils lui ont coûté ; car l'impenſe qu'il a faite en achetant les chevaux eſt à la vérité une dépenſe qu'il a faite à l'occaſion de l'acquiſition qu'il a faite de cet héritage, puiſqu'il n'auroit pas acheté de chevaux, s'il n'eût pas acheté l'héritage ; mais ce n'eſt pas une impenſe faite ſur l'héritage même.

330. A l'égard de celles qui ſont faites ſur l'héritage même, *in rem ipſam*, il ne doit pas même être rembourſé indiſtinctement de toutes : il ne doit pas être rembourſé de celles qui ſeroient purement voluptuaires ; car le retrayant n'en profite pas, & l'acquéreur doit s'imputer de les avoir faites ſans que beſoin en fût.

331. Il ne peut pas même prétendre le rembourſement des impenſes utiles dont le retrayant profite, lorſqu'elles n'étoient pas néceſſaires. La raiſon eſt qu'il ne doit pas lui être permis de rendre la condition du retrait plus onéreuſe, en faiſant ſur l'héritage ſujet au retrait, des impenſes qui, quoiqu'utiles, n'étoient pas néceſſaires, & d'empêcher par ce moyen les lignagers qui n'auroient pas la commodité de les rembourſer, d'exercer le droit de retrait que la loi leur accorde. C'eſt par cette raiſon que la plupart des Coutumes, & entr'autres celles de Paris, *art.* 146, & d'Orléans, *art.* 373, défendent aux acquéreurs de faire aucune innovation ni mélioration ſur l'héritage ſujet au retrait, pendant le temps du retrait. Si contre cette défenſe les acquéreurs font des impenſes non néceſſaires, il eſt juſte, quelqu'utile qu'elles ſoient, de leur en dénier la répétition contre le retrayant, en punition de leur contravention à la loi : on ne peut pas en ce cas alléguer la regle qui dit que *Neminem æquum eſt locupletari cum alterius detrimento* : car cette regle ne peut être oppoſée par celui qui ſouffre la perte par ſa faute, comme dans cette eſpece & dans pluſieurs autres ; *putà*, dans le cas de la preſcription.

332. Si le retrayant n'eſt pas obligé au rembourſement des impenſes ou voluptuaires ou mêmes utiles qui n'étoient pas néceſſaires, au moins doit-il permettre à l'acquéreur d'enlever ce qui peut être enlevé, ſans détérioration de l'héritage, à la charge par l'acquéreur de remettre les choſes au même état qu'elles étoient lors de ſon acquiſition ; car il ne fait par-là aucun tort au retrayant. Par exemple, ſi un acquéreur avoit mis des chambranles de marbre & des glaces aux cheminées de la maiſon dont on aura depuis exercé le retrait ſur lui, il pourroit emporter ſes chambranles de marbre & ſes glaces, en remettant les anciens & rétabliſſant ces cheminées en l'état qu'elles étoient : quelques Coutumes en ont des diſpoſitions ; Laon, *art.* 253 ; Chateauneuf, *art.* 89.

Cela n'eſt permis à l'acquéreur qu'autant qu'il peut par-là ſe dédommager en partie des impenſes qu'il a faites ; mais ſi ſans qu'il lui en revint aucune

utilité, il détruiſoit les méliorations qu'il a faites, uniquement *animo nocendi*, & pour empêcher le retrayant d'en profiter; comme s'il effaçoit des peintures; s'il détruiſoit des plantations de charmilles, *&c.*, il ne ſeroit pas excuſable, & il ne lui ſuffiroit pas d'offrir de remettre les choſes en l'état qu'elles étoient lors de ſon acquiſition; il devroit être condamné aux dommages & intérêts du retrayant: *Neque enim malitiis indulgendum;* Arg. L. 38, ff. *de rei vend.*

333. Lorſque par la clauſe d'un bail à rente rachetable, le preneur s'eſt obligé de faire certaines méliorations dans l'héritage pour plus grande ſûreté de la rente que le bailleur s'eſt retenue; *putà* s'il eſt obligé de planter une certaine quantité de terre en vignes; le preneur ſur qui le retrait eſt exercé, qui n'a pas attendu pour faire cette plantation que le temps du retrait fût paſſé, n'en doit avoir, en cas de retrait, la répétition: il ne peut oppoſer qu'il étoit obligé de le faire; car il pouvoit la différer juſqu'à l'expiration du temps du retrait; il ne peut pas non plus oppoſer que le retrayant prenant le marché aux mêmes conditions que lui, auroit été pareillement obligé de faire cette plantation; que l'ayant faite à ſa décharge, il en doit être rembourſé; car cette obligation n'étant contractée que pour ſûreté de la rente, le retrayant peut s'en décharger en rembourſant la rente.

Quid, Si la clauſe du contrat portoit que l'acquéreur ſeroit tenu de faire cette mélioration incontinent & dans l'année, il faudroit encore décider la même choſe; car le bailleur n'ayant pas d'intérêt que ce ſoit préciſément dans l'année que ces méliorations ſe faſſent, cette clauſe doit être regardée comme faite en fraude du retrait, & par conſéquent nulle.

334. Le principe que l'acquéreur n'a pas la répétition des impenſes utiles, ſouffre exception dans le cas du retrait de mi-denier. *Voyez infrà*, les raiſons de cette exception.

Doit-il ſouffrir exception lorſque l'héritage a été vendu comme acquêt, & par conſéquent non ſujet au retrait? *Putà*, lorſque par le contrat de vente il eſt dit que l'héritage appartient au vendeur par l'acquiſition qu'il en a faite. La raiſon de douter eſt, qu'il ſemble qu'en ce cas l'acquéreur n'eſt pas en faute d'avoir fait ces impenſes utiles, pendant le temps du retrait, puiſqu'il avoit ſujet de croire que l'héritage n'y étoit pas ſujet; conſéquemment il ne doit pas perdre ces impenſes dont le retrayant profite, & il en doit être rembourſé juſqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux, ſuivant la regle, *Neminem æquum eſt locupletari cum alterius detrimento.* Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'on ne doit pas même en ce cas accorder indiſtinctement à l'acquéreur la répétition de ces impenſes; l'acquéreur eſt toujours en faute d'avoir ajouté foi trop légérement à la déclaration du vendeur, & de ne s'être pas aſſuré de la vérité de cette déclaration, en ſe faiſant repréſenter les titres; ſi l'on accordoit indiſtinctement en ce cas la répétition, ce ſeroit ouvrir une voie à la fraude, & rien ne ſeroit plus facile que d'éluder la défenſe de la Coutume de faire aucune innovation pendant le temps du retrait, en faiſant inſérer dans le contrat que l'héritage appartient au vendeur par l'acquiſition qu'il en a faite. On doit donc décider en ce cas par les circonſtances, & n'accorder à l'acquéreur la répétition de ces impenſes juſqu'à concurrence de ce que le retrayant en profite, que lorſqu'il paroît par les circonſtances que l'acquéreur

a eu

a eu un juſte ſujet d'ajouter foi à la déclaration du vendeur ; & que l'inſolvabilité du vendeur le prive du recours contre lui pour la réparation du tort qu'il ſouffre de la fauſſeté de la déclaration.

335. Les rachats volontaires que l'acheteur a faits des rentes foncieres, ou des droits de ſervitudes dont l'héritage étoit chargé, ſont des eſpeces d'impenſes utiles que le retrayant n'eſt pas, ſuivant notre principe, obligé de rembourſer à l'acheteur ; ſi ce n'eſt dans le cas auquel le retrayant ſeroit obligé à ce rachat, quand même l'acheteur ne les eût pas rembourſées, *ſuprà*, *n.* 300. Mais dans le cas où le retrayant n'eût pas été obligé de les rembourſer, l'acheteur peut au moins faire revivre à ſon profit la rente fonciere qu'il a rembourſée, & le retrayant ne peut ſe diſpenſer de la lui continuer. Annotateurs de Dupleſſis, *ſur la fin du chap.* 4.

Pareillement, lorſque l'acheteur a racheté pour une certaine ſomme un droit de ſervitude, dont étoit chargée envers une maiſon voiſine, la maiſon qui a été depuis retirée, le retrayant n'eſt pas obligé de rendre cette ſomme à l'acquéreur pour ce rachat que le retrayant eût pu ſe diſpenſer de faire, s'il eût mieux aimé ſouffrir la ſervitude. Mais ſi le voiſin vouloit uſer de la ſervitude qui lui a été rachetée, & que le retrayant l'en empêchât, lui oppoſant le rachat qu'en a fait l'acquéreur ſur qui le retrait a été exercé, ce ſeroit en ce cas une approbation que le retrayant feroit de ce rachat, qui l'obligeroit à rembourſer à l'acquéreur le prix dudit rachat.

D'un autre côté, ſi le voiſin uſoit de ce droit de ſervitude, ſans que le retrayant l'en empêchât, l'acheteur pourroit répéter de ce voiſin le prix du rachat par l'action qu'on appelle en Droit, *Condictio ob rem dati*, *re non ſecutâ.*

336. A l'égard des impenſes qui étoient néceſſaires, l'acheteur qui les a faites en doit être rembourſé par le retrayant.

Ces impenſes néceſſaires comprennent non-ſeulement les groſſes réparations, mais celles de ſimple entretien, quand même l'acquéreur auroit perçu les fruits de l'héritage avant la demande en retrait, pourvu que ce ne ſoit pas celles qu'il a faites pour les fruits qu'il a perçus ; car les réparations d'entretien ſont bien charges de la jouiſſance d'un héritage, mais d'une jouiſſance durable, telle que celle d'un uſufruitier qui dure autant que ſa vie, & non d'une jouiſſance momentanée, telle que celle de l'acquéreur, ſujette au retrait.

Si néanmoins dans les Coutumes où le temps du retrait ne court que du jour du port de foi, l'acquéreur ayant tardé long-temps à la porter, le retrait n'eût été exercé qu'après un grand nombre d'années, *putà*, après quinze ou vingt ans ; l'acquéreur qui auroit eu la jouiſſance de l'héritage pendant un temps conſidérable, n'auroit pas la répétition des réparations d'entretien qu'il a faites pendant tout le temps de cette jouiſſance, ces réparations en étant des charges.

337. A l'égard des impenſes faites pour faire venir, ou pour recueillir des fruits de l'année il n'eſt pas douteux qu'ils ſont une charge de ces fruits, & à la charge de celui à qui ils doivent appartenir, ſoit de l'acquéreur s'ils ont été perçus avant la demande, ſoit du retrayant s'ils ont été perçus depuis.

338. Les impenſes qui étoient néceſſaires doivent être rembourſées à l'acquéreur par le retrayant, quand même au temps du retrait elles ne ſubſiſteroient plus, ayant été détruites par quelque cas fortuit. *Putà*, ſi l'acquéreur

a fait reconſtruire le pignon d'une grange, quand même au temps du retrait cette impenſe n'exiſteroit plus, la grange ayant été incendiée par le feu du Ciel peu après cette réparation, l'acquéreur n'en devroit pas moins être rembourſé; car ayant eu un juſte ſujet de faire cette impenſe, il en doit être indemniſé ; Grimaudet, VIII, 1.

339. L'acquéreur doit être rembourſé de tout ce qui lui en a coûté pour les ouvrages néceſſaires qu'il a fait faire, pourvu que par une faute groſſiere & inexcuſable, il n'ait pas payé aux marchands & ouvriers, beaucoup plus qu'il ne falloit; car en ce cas il eſt juſte qu'il ne ſoit rembourſé que de ce que ces ouvrages lui auroient coûté, s'il eût été plus prudent.

L'acquéreur eſt cru de ces impenſes, ſur les mémoires & quittances des ouvriers qui les ont faites; à moins que le retrayant n'offrît de prouver qu'elles ſont ſuppoſées.

Pour éviter les conteſtations ſur ce ſujet, il eſt de la prudence de l'acquéreur, lorſque les réparations néceſſaires qui ſont à faire, ſont conſidérables, de les faire préalablement viſiter & eſtimer par un Expert qui ſera nommé d'office par le Juge, ſur la requête de l'acquéreur.

340. Au reſte, quoique le retrayant eût des moyens perſonnels pour faire ces ouvrages à meilleur compte, ſi on les lui eût laiſſé faire, il ne laiſſe pas d'être tenu de rembourſer tout ce qu'il en a coûté à l'acquéreur qui les a fait faire, & qui n'avoit pas les mêmes reſſources : à moins qu'il ne parût que cet acquéreur eût affecté de ſe dépêcher de faire lui-même ces ouvrages, néceſſaires à la vérité, mais non urgents, afin qu'il en coûtât davantage au retrayant; car en ce cas il y a fraude, & l'acquéreur ne doit être en ce cas rembourſé que de ce qu'il en auroit coûté au retrayant.

ARTICLE V.

De ce qui doit être rembourſé lorſque le retrait s'exerce ſur un tiers.

341. Lorſque j'ai acheté un héritage ſujet à retrait, que j'ai peu après dans le temps du retrait revendu à Pierre; l'action en retrait que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre, eſt la même action qu'il a droit d'exercer contre moi, dont Pierre eſt tenu comme poſſeſſeur de l'héritage qui y eſt affecté.

De-là il ſuit, qu'il eſt obligé de rembourſer à Pierre tout ce qu'il ſeroit obligé de me rembourſer, ſi c'étoit contre moi qu'il exerçât le retrait. C'eſt pourquoi, ſi j'ai revendu à Pierre l'héritage plus ou moins qu'il ne m'a coûté, ce n'eſt pas le prix pour lequel Pierre l'a acquis de moi, mais c'eſt celui pour lequel je l'ai acheté, que le lignager doit lui rembourſer. Pareillement ce ſont les loyaux-coûts de mon acquiſition, & non pas ceux de l'acquiſition de Pierre qu'il eſt obligé de rembourſer à Pierre.

A l'égard des impenſes néceſſaires faites ſur l'héritage, il eſt obligé de rembourſer, tant celles que j'ai faites, que celles qui ont été faites par Pierre.

342. Ces principes donnent lieu à la queſtion ſuivante : ſi j'ai vendu l'héritage ſujet au retrait à Pierre pour un prix plus fort que celui pour lequel je l'avois acheté, *puta* ſi je le lui ai vendu dix mille livres, quoique je ne l'euſſe

acheté que huit mille ; Pierre qui ne recevra du retrayant que huit mille livres, aura-t-il droit de répéter de moi les deux mille livres qu'il m'a payées de plus ? Oui, il a à cet effet l'action qu'on appelle *Condictio ſine cauſâ ;* l'acquiſition que j'avois faite de l'héritage que je lui ai vendu, ayant été détruite en ma perſonne & transférée en celle du retrayant, la vente que je lui en avois faite eſt détruite, n'ayant pas eu le droit de le lui vendre, & par conſéquent je ne puis pas en retenir le prix. Pluſieurs Coutumes en ont des diſpoſitions ; Anjou, 400 ; Maine, 411 ; Bourbonnois, 460 ; & autres.

Grimaudet, 111, 1, penſe que cette déciſion n'a pas lieu lorſque l'acheteur ſçavoit que la choſe étoit ſujette au retrait ; mais les raiſons qu'on vient de rapporter prouvent que même en ce cas elle a lieu, à moins que par la vente que j'ai faite à Pierre il ne ſe fût chargé expreſſément du riſque du retrait qui pouvoit être exercé ſur celle qui m'avoit été faite.

343. *Contrà vice verſâ ;* ſi j'ai vendu à Pierre huit mille livres l'héritage ſujet au retrait, que j'avois acheté dix mille livres, je ne pourrois pas répéter de Pierre ſur qui le retrait en a été exercé les deux mille livres qu'il a reçu du retrayant de plus que le prix pour lequel il avoit acheté de moi l'héritage ; car en lui vendant l'héritage, je lui ai vendu tous les droits que j'avois par rapport à cet héritage, & par conſéquent le droit que j'avois d'exiger en cas de retrait, le rembourſement du prix de dix mille livres pour lequel l'héritage m'avoit été vendu : le retrait a donné ouverture à ce droit, bien loin de détruire l'acquiſition que Pierre en a faite.

Par la même raiſon, lorſque le lignager de mon vendeur a exercé le retrait ſur celui à qui j'avois fait donation de l'héritage, je ne pourrai pas répéter de mon donataire les ſommes qui lui ont été rembourſées par le retrayant ; car en lui donnant l'héritage, je ſuis cenſé lui avoir donné les droits que j'avois par rapport à cet héritage.

344. Dans les Coutumes qui accordent au lignager le plus proche, la préférence pour le retrait ſur le lignager plus éloigné qui a prévenu ; le lignager plus proche, pour avoir cette préférence ſur le plus éloigné, eſt-il obligé de le rembourſer de ſes frais ? Châteauneuf, 77 ; Chartres, 68 ; &c., décident pour l'affirmative. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 478, peut auſſi être tirée en argument pour ce ſentiment. Lorſque la Coutume ne s'en eſt pas expliquée, la queſtion ſouffre difficulté.

On peut dire en faveur du rembourſement des frais du premier retrait, que les Coutumes ſuſmentionnées qui l'ordonnent, quoiqu'elles ne faſſent pas de Loi hors de leur territoire, peuvent néanmoins ſervir de préjugé & de motif pour ſe décider dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Au contraire, on peut dire pour le ſentiment oppoſé, que le lignager qui exerce le retrait doit bien être tenu de tous les loyaux-coûts de l'acquiſition faite par l'acheteur étranger, puiſqu'il eſt par le retrait ſubrogé à cette acquiſition ; mais il ne doit pas être tenu des frais du retrait du parent plus éloigné ; car c'eſt de ſon chef qu'il exerce le retrait, & il n'eſt pas ſubrogé au retrait du lignager plus éloigné qui l'a prévenu ; ce lignager plus éloigné qui n'avoit le droit de retrait qu'à ſon défaut s'il n'eût pas voulu l'exercer, & non à ſon préjudice, n'a pas pu en l'exerçant rendre plus onéreuſe ſa condition. C'eſt le raiſonne-

ment de Chaſſanée ſur la Coutume de Bourg. Il dit que *Remotior non poteſt per ſuum rectractum, deteriorem facere conditionem proximioris, augendo pretium impenſarum :* d'où il conclut que lorſqu'il a prévenu, il ne peut prétendre le rembourſement de ſes frais, *niſi priùs interpellaſſet proximiorem ut retraheret.* Si dans les Coutumes ci-deſſus mentionnées le retrayant le plus prochain eſt tenu de rembourſer les frais du premier retrait, c'eſt qu'elles ne lui accordent la préférence que ſous cette condition : elles ont voulu engager un plus grand nombre de lignagers à exercer le retrait, & que les plus éloignés ne fuſſent point détournés de l'exercer, par la crainte de perdre leurs frais, en cas que les plus proches ſe préſentaſſent. Mais lorſque la Loi n'a pas appoſé cette condition à la préférence qu'elle accorde aux lignagers plus prochains, il n'y a aucune raiſon pour les obliger au rembourſement de ces frais.

345. Lorſque le lignager exerce le retrait ſur le Seigneur qui a exercé le retrait féodal, il y a pareillement lieu à la queſtion s'il eſt obligé de rendre au Seigneur les frais qu'il a faits pour le retrait féodal. J'aurois de la peine à le croire, par les raiſons ci-deſſus expoſées.

ARTICLE VI.

Dans quel temps le Retrayant doit-il rembourſer l'Acquéreur.

346. Il y a une diſtinction à faire entre le prix de la vente & des autres choſes, dont le rembourſement eſt dû à l'acquéreur par le retrayant.

A l'égard du prix de la vente, les Coutumes ont preſcrit un terme fatal dans lequel le retrayant eſt tenu de rembourſer à l'acquéreur le prix qui a été payé, ou ſur ſon refus le conſigner, & dans lequel il eſt tenu de lui rapporter quittance ou décharge de celui qui reſtoit à payer ; à faute par le retrayant d'y ſatisfaire dans le terme fatal, il eſt, auſſi-tôt après l'expiration de ce terme, déchu de plein droit du retrait.

Ce terme eſt différemment réglé par les Coutumes. Paris, 136 ; Orléans, 370, & la plupart des Coutumes n'accordent qu'un temps de vingt-quatre heures ; quelques Coutumes néanmoins accordent un terme un peu plus long : Sens 65, accorde trois jours ; Lille, ſept ; Blois, *art.* 196, Poitou, Anjou, le Maine, la Rochelle, Saintonge, Bordeaux, Amiens, en accordent huit ; Acqs, neuf ; la Marche & Bretagne, en accordent quinze ; la Coutume de Nevers, 31, 5, en donne vingt.

347. Lorſqu'il n'eſt pas poſſible au retrayant de ſatisfaire dans le terme preſcrit par la Coutume, *putà*, à cauſe de l'éloignement du domicile de l'acquéreur ou pour quelque autre raiſon ; comme aucune Loi ne peut obliger à l'impoſſible, le retrayant peut en ce cas obtenir du Juge un terme un peu plus long. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 371, en a une diſpoſition, laquelle à cauſe de ſon équité doit être ſuivie dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées. Mais le Juge ne peut accorder ſans une juſte cauſe cette prorogation ; ſinon l'acquéreur ſeroit en droit d'appeller du jugement qui l'auroit accordée, auquel cas les offres & conſignations faites par le retrayant hors du temps de

la Coutume, mais dans le temps de cette prorogation ſeroient déclarées nulles, & le retrayant déchu de ſon retrait.

348. Les Coutumes varient auſſi ſur le terme d'où doit commencer à courir le temps fatal accordé pour le rembourſement du prix. Les unes le font courir depuis la Sentence d'adjudication du retrait : d'autres ajoutent ou depuis la reconnoiſſance du retrait faite par l'acquéreur ; d'autres ne le font courir que du jour de la ſignification de la Sentence ; d'autres ſeulement du jour du délais de l'héritage fait par l'acquéreur : pluſieurs veulent de plus que pour que le temps puiſſe commencer à courir, l'acquéreur ait mis au Greffe ſon contrat d'acquiſition ; pluſieurs veulent de plus qu'il ait affirmé en jugement la vérité du prix.

349. Les choſes que les différentes Coutumes ordonnent de faire pour faire courir le temps de l'exécution du retrait, doivent ſe faire en quelque eſpece de vente que ce ſoit, & vis-à-vis de tous les retrayans quels qu'ils ſoient. Par exemple, dans les Coutumes qui requierent, pour faire courir ce temps, l'affirmation de la ſincérité du contrat, cette affirmation doit ſe faire même dans le cas de vente & d'adjudication par décret, & même vis-à-vis les retrayans qui auroient aſſiſté au contrat ; car quoique ces Coutumes en établiſſant la formalité de cette affirmation ayant eu en vue d'empêcher les fraudes qui pourroient ſe commettre dans le prix du contrat, & que ces fraudes ne ſoient pas à craindre dans des ventes publiques & vis-à-vis d'un retrayant qui a été préſent à tout le contrat ; néanmoins les Coutumes ayant preſcrit cette affirmation comme une formalité, & en ayant fait une Loi générale, il ne peut plus être permis dans ces Coutumes en aucun cas que ce ſoit, de s'en diſpenſer ; parce qu'on ne peut en aucun cas dans les matieres de rigueur omettre impunément ce qui eſt de formalité.

350. Sur les différentes choſes que les différentes Coutumes preſcrivent pour faire courir le retrait, nous ne nous arrêterons qu'à celles de Paris & d'Orléans.

Celle de Paris, *art.* 136, dit que le retrayant eſt tenu de payer ou conſigner dedans vingt-quatre heures après le retrait adjugé par Sentence, & que l'acheteur aura mis ſes lettres au Greffe, partie préſente ou dûment appellée, & outre qu'il aura affirmé le prix, s'il en eſt requis.

351. Il réſulte de ce texte que dans la Coutume de Paris, pour que le temps fatal de vingt-quatre heures commence à courir, il faut le concours de deux choſes & quelquefois de trois.

1°. Il faut qu'il y ait eu une Sentence qui ait adjugé le retrait, ce qui réſulte de ces termes : *après le retrait adjugé par Sentence.*

De-là il ſuit que ſi ſur la demande en retrait, l'acquéreur avoit fait ſignifier au retrayant un acte par lequel il lui déclareroit qu'il reconnoît le retrait & offre de lui délaiſſer l'héritage, le temps de vingt-quatre heures ne courroit pas du jour de la ſignification de cet acte ; l'acquéreur ne pourroit le faire courir qu'en faiſant rendre une Sentence contradictoirement ou par défaut qui décréteroit ſes offres.

352. Lorſque la Sentence d'adjudication de retrait a été prononcée à l'Audience contradictoirement, & que les autres conditions ont été auparavant

remplies, le temps des vingt-quatre heures paroîtroit devoir courir dès l'inſtant de la prononciation ; mais comme il ne ſeroit pas facile de l'eſtimer, on doit compter ſeulement depuis l'heure à laquelle le temps de Audience a coutume de finir.

Lorſque la Sentence a été rendue par défaut, les Sentences par défaut n'ayant d'effet que depuis leur ſignification, le temps des vingt-quatre heures ne peut commencer à courir que depuis la ſignification : il en eſt de même lorſque la Sentence a été rendue en procès par écrit.

Si l'heure à laquelle la ſignification a été faite, n'a pas été exprimée par l'acte de ſignification, le temps de vingt-quatre heures ne courra que depuis l'heure à laquelle le Soleil ſe couche ce jour-là ; l'acte ayant pu ſe faire juſqu'au coucher du Soleil.

353. Si dans le temps de vingt-quatre heures, l'acquéreur a appellé de la Sentence, je ne penſe pas que le délai pour ſatisfaire à la Sentence, doive courir. Quelques Coutumes, comme Rheims, *art.* 202 ; Laon 236, le décident ainſi. En effet l'acquéreur ne paroît pas recevable à oppoſer que le retrayant n'a pas dans le délai ſatisfait aux charges de la Sentence d'adjudication du retrait, pendant que c'eſt cet acquéreur, qui, par ſon appel & par conſéquent par ſon fait, l'en a empêché ; il eſt au reſte plus ſûr de faire les offres nonobſtant l'appel.

354. 2°. Pour que le temps des vingt-quatre heures coure dans la Coutume de Paris, il faut que l'acquéreur ait dépoſé ſon contrat d'acquiſition au Greffe, afin que le retrayant puiſſe en prendre communication, & ſçavoir le prix qu'il doit rembourſer. C'eſt pourquoi ſi ce dépôt n'étoit pas encore fait, lors de la Sentence d'adjudication du retrait, le temps de vingt-quatre heures ne courra que depuis le jour & l'heure que ce dépôt aura été fait ; & ſi l'heure n'eſt pas exprimée par l'acte de dépôt, il ne courra que depuis la derniere heure du jour, auquel le dépôt a été fait, ne pouvant pas, faute de l'expreſſion de l'heure, y avoir de preuve qu'il ait été fait plutôt qu'à cette derniere heure.

355. L'acquéreur n'eſt pas diſpenſé de ce dépôt, quand même dans le cours de l'inſtance il auroit donné copie de ſon contrat, ou l'auroit produit. Les Annotateurs de Dupleſſis, *chap. 3, ſect. 2.*

356. La Coutume de Paris dit que ce dépôt doit être fait *partie préſente ou dûment appellée :* il ſuffit de l'appeller par acte ſignifié au domicile de ſon Procureur ; Dupleſſis, *chap. 3, ſect. 2.* Si le dépôt avoit été fait hors de la préſence du retrayant, & ſans qu'il eût été appellé, il faudroit pour que le temps pût courir, lui dénoncer par écrit que le dépôt du contrat a été fait au Greffe, & qu'il eſt ſommé d'en prendre communication.

Cela doit être obſervé même dans les Coutumes qui diſent ſimplement que le temps court depuis le dépôt du contrat au Greffe, ſans ajouter *partie préſente ou appellée :* il eſt évident qu'ils doivent ſe ſuppléer ; car envain l'acquéreur feroit-il ce dépôt au Greffe, ſi le retrayant pour qui il ſe fait n'en étoit pas averti.

357. La Coutume de Paris demandant en troiſieme lieu pour faire courir le temps de vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait affirmé devant le Juge la ſincérité du prix de ſon acquiſition, *s'il en eſt requis ;* il s'enſuit que s'il en a été

requis, le temps des vingt-quatre heures ne pourra courir que du jour & de l'heure qu'il aura fait devant le Juge cette affirmation, en préſence du retrayant; & ſi elle a été faite en ſon abſence, depuis le jour & l'heure qu'elle lui aura été ſignifiée. Si l'heure n'eſt pas exprimée par l'acte d'affirmation ou de ſignification, il ne pourra courir que depuis la derniere heure de ce jour.

Mais la Coutume n'exigeant cette affirmation pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que lorſque l'acquéreur en a été requis; s'il ne l'a pas été avant ou lors de la Sentence, le temps de vingt-quatre heures ne laiſſera pas de courir, de s'accomplir, & d'emporter la déchéance du retrait, quoique cette affirmation n'ait pas été faite.

358. Quoique le temps de 24 heures accordé pour l'exécution du retrait ne court pas tant que l'acquéreur n'a pas dépoſé ſon contrat au Greffe; néanmoins Brodeau ſur ledit article dit, que le retrayant doit pourſuivre l'acquéreur; & que s'il a laiſſé paſſer l'an & le jour, depuis la Sentence adjudicative du retrait ſans pourſuivre l'acquéreur pour mettre ſon contrat au Greffe, il doit être déclaré déchu du retrait. Il ajoute qu'il en doit être de même, ſi le retrayant ayant, depuis la Sentence du retrait, aſſigné l'acquéreur pour mettre ſon contrat au Greffe, il a laiſſé tomber cette aſſignation en péremption: il rapporte un Arrêt du 26 Novembre 1636, qui l'a ainſi jugé ſur ſa plaidoirie. Les Annotateurs de Dupleſſis, de l'Edition de 1699, *Traité des Retraits, chap. 3, ſect. 2*, rapportent cette opinion de Brodeau, & penſent qu'elle eſt ſuffiſamment autoriſée par cet Arrêt pour devoir paſſer en maxime. La ſeule raiſon ſur laquelle on appuie cette déciſion eſt, qu'en une matiere auſſi rigoureuſe que celle du retrait, le temps de l'exécution de la Sentence ne doit pas être de plus longue durée que celui de l'action ſur laquelle elle eſt intervenue.

Ce prétendu principe que Brodeau allégue pour le fondement de ſon opinion, eſt préciſément ce qui eſt en conteſtation; l'action *judicati* qui naît de toutes les ſentences, eſt une action ordinaire dont la durée eſt de trente ans. Aucune loi n'a fait à cet égard de diſtinction entre les ſentences rendues ſur des fonctions annales, & celles rendues ſur des actions ordinaires. L'acquéreur ne peut oppoſer au retrayant que le retrayant a été en demeure de ſatisfaire au rembourſement que la Coutume & la ſentence adjudicative du retrait l'obligent de faire, pendant que cet acquéreur eſt lui-même en demeure de faire le dépôt de ſon contrat, que la Coutume l'oblige de faire: *Mora debitoris purgatur per moram creditoris; nec poteſt intelligi in mora debitor, quandiu ipſe creditor eſt in mora.*

359. Notre Coutume d'Orléans s'eſt exprimée différemment de celle de Paris. Elle dit ſimplement, *art.* 270, *dedans vingt-quatre heures que le retrait eſt adjugé ou reconnu, faut payer, &c.* Il réſulte de ces termes *ou reconnu*, ajoutés lors de la réformation, qu'on penſoit autrefois que dans notre Coutume d'Orléans le temps des vingt-quatre heures couroit dès l'inſtant de la ſignification de l'acte de reconnoiſſance du retrait faite par l'acquéreur au retrayant, ſans qu'il fût beſoin de faire rendre une ſentence qui décrétât les offres de l'acquéreur; & c'étoit encore le ſentiment de Lalande en ſon Commentaire ſur cet article. Mais depuis il s'eſt pratiqué d'obtenir une ſentence qui donnât acte de la reconnoiſſance du retrait, & de ne faire courir le temps des vingt-quatre

heures, que depuis cette ſentence; ce qui a été établi pour empêcher les fraudes des acquéreurs qui cherchoient à faire des ſignifications de reconnoiſſance de retrait, dont le retrayant n'eût pas de connoiſſance aſſez à temps; ſoit en prenant le temps de ſon abſence, ſoit en ſe ſervant quelquefois de voies encore plus criminelles.

360. Notre Coutume d'Orléans n'exige point, comme celle de Paris, pour faire courir le temps de vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait dépoſé ſon contrat au Greffe. C'eſt pourquoi, dans notre Coutume, ſi l'acquéreur n'a pas été requis par le retrayant de faire ce dépôt, le temps de vingt-quatre heures court depuis l'adjudication du retrait, & emportera déchéance du retrait, quoique ce dépôt n'ait pas été fait; mais quoique notre Coutume d'Orléans ne ſe ſoit pas expliquée ſur ce dépôt, ſi le retrayant a demandé ce dépôt du contrat au Greffe pour en avoir communication, tant que l'acquéreur ne ſatisfait pas à cette requiſition, le temps des vingt-quatre heures ne peut courir contre le retrayant; car en ce cas c'eſt par le fait & la demeure de l'acquéreur que le retrayant ne ſatisfait pas à ſon obligation; le retrayant ne pouvant pas rembourſer, s'il ne ſçait pas quel eſt le prix qu'il doit rembourſer.

361. Lorſque l'acquéreur eſt en demeure d'exhiber ſon contrat, en ayant été requis, non-ſeulement le temps pour l'exécution du retrait ne court pas; mais ſi le retrayant veut aller en avant, il peut pourſuivre l'acquéreur pour cette exhibition, & faire ordonner que faute par l'acquéreur de faire cette exhibition, il ſera permis au retrayant de conſigner une certaine ſomme, ſauf à parfaire par la ſuite; & après cette conſignation il peut ſe faire délaiſſer l'héritage, comme s'il avoit entiérement ſatisfait. C'eſt l'avis de Vaſlin, qui eſt très-judicieux.

362. Lorſque le retrait n'a été exercé que pour une partie des héritages compris au contrat, & qu'en conſéquence il y a une ventilation à faire de la partie du prix qui doit être rembourſée à l'acquéreur, il eſt évident que le temps pour l'exécution du retrait ne peut courir juſqu'à ce que la ventilation ait été faite; puiſque le retrayant ne peut ſçavoir plutôt la ſomme qu'il doit rembourſer; Arrêt de 1640, cité par Brodeau, ſur l'*art.* 135.

363. Le temps de vingt-quatre heures, de même que celui de trois jours, de huitaine, de quinzaine, *&c.* eſt un temps qui n'eſt pas un temps utile, mais continu; les heures de la nuit y ſont compriſes.

364. Pareillement, quoique le temps de vingt-quatre heures tombe dans un jour de Fête, il n'eſt pas prolongé, quand même le retrayant ſeroit un Prêtre occupé au Service Divin; mais les actes néceſſaires pour l'exécution du retrait, tels que la ſommation pour recevoir, & la conſignation peuvent ſe faire ce jour de Fête; Dupleſſis & ſes Annotateurs, *ch.* 3, *ſect.* 2.

365. Enfin ce temps eſt un temps fatal, c'eſt-à-dire, que ſi le lignager n'a pas dans l'eſpace de ce temps ſatisfait, il eſt par le laps de ce temps déchu entiérement de retrait, ſans qu'il puiſſe être reçu dès le lendemain à purger ſa demeure.

366. Il nous reſte une queſtion qui eſt de ſçavoir ſi le temps fixé par les Coutumes pour l'exécution du retrait, doit ſe compter *de momento ad momentum.* Il n'y a pas lieu à cette queſtion dans nos Coutumes de Paris & d'Orléans,

léans, & autres qui n'accordent pour l'exécution du retrait qu'un temps de vingt-quatre heures; ce temps étant d'un certain nombre d'heures, il ne peut être douteux qu'on le doit compter *de momento ad momentum.* Il y a plus de difficulté à l'égard des Coutumes qui accordent un certain nombre de jours, telles que celles de Blois & de la Rochelle, qui accordent huit jours. Vaſlin ſur la Coutume de la Rochelle, *art.* 34, atteſte que ce temps ſe compte pareillement *de momento ad momentum*, & que le retrayant n'a pas huit jours francs non compris le jour du terme d'où ils doivent courir; mais huit jours, ou huit fois vingt-quatre heures, à compter depuis l'heure du terme d'où ce temps doit courir. Par exemple, dans ſa Coutume de la Rochelle qui fait courir la haitaine *après que l'acheteur aura exhibé ſes contrats, & iceux affirmé;* ſi l'acheteur a fait cette affirmation à l'Audience du premier Juin, la huitaine courra depuis l'heure à laquelle leve cette Audience, & le retrayant ne ſera à temps d'exécuter ſon retrait que juſqu'à pareille heure du neuf de Juin, & non pas pendant tout ledit jour neuf; il ſe fonde ſur ce que la Coutume ne dit pas qu'elle donne *huitaine après le Jour de l'exhibition & affirmation;* mais elle dit, *huitaine après qu'il aura été exhibé & affirmé.*

A plus forte raiſon l'on doit décider que ſi le jour intercalaire d'une année biſſextile ſe rencontre dans les huit jours, il ſera compté. Grimaudet, IX, 22.

§. II.

Dans quel temps ſe doit faire le rembourſement des loyaux-coûts & miſes.

367. Ce n'eſt qu'à l'égard du prix que la Coutume de Paris a preſcrit un temps fatal; elle n'en a preſcrit aucun pour le rembourſement des loyaux-coûts & impenſes. C'eſt ce qui réſulte de l'*art.* 136 de la Coutume de Paris; il eſt dit que le retrayant doit *rembourſer l'acheteur* des deniers *qu'il a payés au vendeur pour l'achat, ou conſigner.... & ce dedans vingt-quatre heures, &c.* Il n'y eſt parlé que du prix de l'achat, il n'y eſt pas dit un mot *des loyaux-coûts & miſes.* D'où il paroît ſuivre que dans la Coutume de Paris il n'y a aucun temps fatal pour le rembourſement des loyaux-coûts & miſes, ſans qu'il y ait même lieu à diſtinguer entre ceux des loyaux-coûts qui ſe trouvent liquides au temps de l'adjudication du retrait, & ceux qui ne le ſont pas.

368. Notre Coutume d'Orléans s'eſt exprimée differemment: elle dit, *article* 370, que dans les vingt-quatre heures faut payer & rembourſer l'acheteur *de ſon principal, loyaux-coûts & miſes qui ſe trouveroient clairs & liquides en faiſant l'adjudication du retrait.* D'où il ſemble ſuivre que dans notre Coutume d'Orléans, le rembourſement des loyaux-coûts qui ſe trouvent liquides, au moins ceux qui ſe trouvent l'être par les reçus qui ſe voient à la fin du contrat, tels que les droits de contrôle, inſinuation, *&c.*; les pots-de-vins & épingles exprimés au contrat, ne doivent pas moins être rembourſés dans le temps fatal que le prix.

369. Le temps pour le rembourſement des loyaux-coûts, ſur-tout de ceux qui ne ſont pas liquides, n'étant pas fixé par la loi, l'acquéreur, après que la liqui-

dation en aura été faite, doit obtenir ſentence qui condamne le retrayant à les rembourſer dans un temps qui eſt laiſſé à l'arbitrage du Juge, mais qui doit être très-court; & ſi le retrayant ne ſatisfait dans ce temps qui lui eſt preſcrit par la ſentence, ce temps n'étant pas comme celui qui eſt prononcé par les Coutumes, un temps fatal, l'acquéreur doit pourſuivre le retrayant pour faire ordonner par une ſeconde ſentence, que faute par le retrayant d'avoir ſatisfait à la premiere, il demeurera déchu du retrait; & juſqu'à ce que cette déchéance ſoit prononcée, il eſt toujours à temps de ſatisfaire, en payant les dépens.

ARTICLE VII.

Des offres & de la conſignation que le retrayant eſt obligé de faire, en ce cas de refus par l'acquéreur de recevoir, ou lorſqu'il n'eſt pas trouvé chez lui.

370. Lorſque l'acquéreur a refuſé de recevoir le rembourſement du prix de ſon acquiſition que lui a offert le retrayant, ou lorſque cet acquéreur n'a pas été trouvé chez lui, le retrayant eſt obligé, dans le temps fatal, de faire conſtater ſes offres par un procès-verbal, fait par un Huiſſier, aſſiſté de deux témoins, & de conſigner.

Dupleſſis, *chap. 5, ſect.* 2, veut que ces offres ſoient atteſtées par deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins; cela ne ſe pratique que dans notre Province. L'Huiſſier qui fait la ſommation de recevoir, étant un Officier public, paroit pouvoir conſtater les offres, ſans qu'il ſoit beſoin de ſe faire aſſiſter d'un Notaire: cela ne ſert qu'à multiplier les frais.

371. Pour que ces offres ſoient valables, il faut que quatre choſes concourent. 1°. Il faut que ces offres ſoient faites au vrai domicile de l'acquéreur; ou ſi l'acquéreur eſt un mineur ou un interdit, au domicile de ſon tuteur ou curateur; il ne ſuffiroit pas de les faire à domicile de Procureur; car un Procureur *ad lites* n'a pas pouvoir de recevoir.

Elles peuvent auſſi être faites, en quelqu'endroit que ce ſoit, à la perſonne de l'acquéreur, pourvu que par leſdites offres le retrayant, ou autre pour lui, offre à l'acquéreur de le ſuivre & de lui porter l'argent en ſa maiſon ou autre lieu qu'il indiquera pour le recevoir; car cet acquéreur n'eſt pas obligé de le recevoir ailleurs que chez lui. On doit néanmoins avoir égard aux circonſtances; ſi la ſomme qui doit être rembourſée étoit une ſomme modique, *putà* de cent vingt livres, les offres que je fais ici de cette ſomme en cinq louis d'or à l'acquéreur, trouvé dans ſon auberge, ſont valables; & ce ſeroit de ſa part une chicane de prétendre que je devrois offrir de lui porter au lieu de ſon domicile à quatre ou cinq lieues d'ici, cette ſomme qu'il pouvoit recevoir ſans aucune incommodité ni danger.

372. 2°. Ces offres doivent être faites en eſpeces qui aient cours au temps & au lieu où elles ſe font. C'eſt pourquoi les offres qui ſeroient faites à Paris de payer en florins d'Hollande, ou en piſtoles d'Eſpagne, ne ſeroient pas valables.

373. Il n'eſt pas au reſte néceſſaire que le retrayant offre de rembourſer

l'acquéreur dans les mêmes eſpeces préciſément dans leſquelles il a payé. Par exemple, les offres de rembourſer en écus de ſix & de trois livres ſont valables, quoique l'acquéreur ait payé en louis d'or, *& vice versâ.*

374. Pareillement, lorſque les eſpeces ont été diminuées ou augmentées dans le temps intermédiaire entre le temps du paiement fait par l'acheteur au vendeur, & celui des offres de rembourſement faites par le retrayant à cet acheteur; ce n'eſt pas le même nombre d'eſpeces que l'acheteur a payées, mais la même ſomme que le retrayant doit lui offrir. La raiſon eſt que les pieces de monnoie ne ſont que des ſignes, & qu'on n'y conſidere autre choſe que la valeur qu'il plaît au Roi de leur faire ſignifier.

Cette déciſion eſt conſtante dans l'uſage, quoiqu'elle puiſſe être combattue par des raiſons aſſez puiſſantes; car l'acquéreur qu'on rembourſe après une augmentation ſurvenue ſur les eſpeces, ne ſe trouve pas indemne; puiſque s'il n'eut pas acquis l'héritage qu'on lui retire, ou il eût profité de l'augmentation ſurvenue ſur les eſpeces, s'il eût gardé ſon argent, ou il auroit acquis d'autres héritages à meilleur compte qu'il ne les achetera, l'augmentation ſur les eſpeces faiſant augmenter à proportion le prix des héritages.

375. Les offres de remettre la quittance ou la décharge du vendeur pour le prix qui reſte à payer, tiennent lieu d'offres en eſpeces.

376. On a mis en queſtion ſi les offres que fait le retrayant de compenſer une ſomme liquide que l'acquéreur lui doit, tiennent pareillement lieu d'offres en eſpeces?

Dupleſſis, *ibid. pag.* 281 *de l'Edit de* 1699, & pluſieurs autres Auteurs tiennent la négative. La raiſon de leur opinion eſt que ce qui eſt preſcrit par les Coutumes, ſur-tout en matiere de rigueur, telle qu'eſt la matiere du retrait lignager, doit s'accomplir littéralement; d'où ils conclurent que le rembourſement du prix qui eſt preſcrit par les Coutumes pour effectuer le retrait, ne peut s'accomplir par la compenſation qui n'eſt qu'un rembourſement fictif.

Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 7. *n.* 10, nonobſtant ces raiſons qu'il s'oppoſe comme raiſon de douter, penſe au contraire, que le retrayant ſatisfait aux conditions du retrait par cette compenſation, auſſi-bien que par un paiement réel fait en eſpeces. Cette compenſation étant, quant à l'effet, un vrai paiement qui procure autant à celui à qui il eſt fait, qu'un paiement qui lui ſeroit fait en eſpeces; car lorſque par la compenſation qui m'eſt offerte par le retrayant, je reçois la libération d'une ſomme de mille livres que je dois au retrayant, je reçois préciſément la même choſe que je recevrois s'il me comptoit cette ſomme en eſpeces; puiſque dans l'un & dans l'autre cas je reçois une valeur de 1000 liv., & que dans la monnoie on ne conſidere autre choſe que la valeur que les eſpeces ſignifient. En vain oppoſeroit-on que cette déciſion que donne Dumoulin pour le cas du retrait féodal, ne doit pas avoir lieu dans le cas du retrait lignager qui eſt plus de rigueur; car Dumoulin dans cet endroit dit que la compenſation eſt compriſe ſous le terme de paiement même en matiere de rigueur: *In eâ compenſatione verificatur ſtatutum vel alia diſpoſitio* STRICTA, *loquens de verâ ſolutione, quia eſt eadem ratio & omninò idem effectus.* Grimaudet, VIII, 8, après avoir rapporté les deux opinions, dit que celle de Dumoulin n'eſt pas ſure, & il conſeille au retrayant de ne les

pas ſuivre. Son conſeil eſt fort bon ; mais lorſqu'un retrayant ne l'a pas ſuivi, & s'eſt contenté d'offrir la compenſation, je crois avec Dumoulin ſes offres valables.

377. Tiraqueau va plus loin, & il dit que ſi la ſomme de l'acquéreur, due au retrayant, égale celle que le retrayant lui doit rembourſer, la compenſation ſe faiſant en ce cas de plein droit, *L. fin. Cod. de compenſ.*, il n'eſt pas néceſſaire en ce cas que le retrayant faſſe des offres : il eſt néanmoins plus ſûr d'offrir la compenſation.

378. 3°. Les offres doivent être réelles, & en conſéquence le procès-verbal d'offres doit contenir l'énumération des eſpeces dans leſquelles la ſomme eſt offerte, la qualité deſdites eſpeces, & il doit faire mention de l'exhibition qui en a été faite ; Dupleſſis, *ibid.* & les notes marginales.

379. 4°. Enfin les offres doivent être intégrales ; pour peu qu'il manque dans les eſpeces offertes pour faire la ſomme qui doit être rembourſée à l'acheteur, les offres ſont nulles. Néanmoins Grimaudet, VII, 9, penſe qu'on ne devroit pas déclarer les offres nulles, ſi ce qui manquoit étoit de nulle conſidération, comme s'il ne manquoit qu'un ſol ; mais cette déciſion n'eſt pas ſûre, & il ne la regarde pas lui-même comme telle. La maxime *Parum pro nihilo reputatur*, n'a pas lieu en une matiere de rigueur, telle qu'eſt celle du retrait.

380. La conſignation de la ſomme totale ne rétabliroit pas ce défaut des offres ; car il ne ſuffit pas de conſigner, ſi l'on n'a offert. La conſignation n'eſt pas valable ſi elle n'a pas été précédée d'offres valables.

381. Lorſque le retrait a été adjugé à deux, les offres que chacun d'eux feroit ſéparément de rembourſer ſa part du prix qui doit être rembourſé à l'acheteur, ne ſeroient pas valables ; car l'acheteur n'eſt pas obligé de recevoir ce rembourſement par parties.

Quid, ſi l'un des deux retrayans avoit offert la moitié du prix, & ſur le refus de l'acheteur l'avoit conſignée, les offres de l'autre retrayant par leſquelles il déclareroit qu'il offre une telle ſomme pour ſa moitié, faiſant avec celle qui a été précédemment offerte par ſon coretrayant, & qui eſt conſignée, le total du prix qui doit être rembourſé à l'acheteur, ſeroient-elles des offres valables ? Non, car l'acheteur n'eſt pas obligé de recevoir le prix, ſi on ne lui porte la ſomme entiere chez lui : il n'eſt obligé d'aller retirer ce prix des conſignations, que lorſque la conſignation en a été valablement faite, après des offres valables qui l'aient mis en demeure de recevoir ; mais dans cette eſpece, la conſignation qui a été faite de la moitié du prix n'eſt pas valable ; les offres qui lui avoient été faites de lui payer cette moitié n'étoient pas valables, & ne l'ont pas mis en demeure.

382. Si l'un des retrayans à rembourſé le total à l'acheteur, ou l'a conſigné après des offres valablement faites, ſon coretrayant n'a aucunes offres à faire à l'acheteur qui ſe trouve entiérement payé. Mais eſt-il tenu à peine de déchéance du retrait, de payer à ſon coretrayant qui a payé le total, la moitié du prix qu'il a avancé pour lui, ou de la conſigner dans le temps fatal ? Je ne croirois pas qu'il dût être ſujet pour ce rembourſement au terme fatal, qui n'a été établi qu'en faveur de l'acquéreur, & non en faveur de ce retrayant

qui a payé le total. Vaſlin, ſur l'article 20 de la Rochelle, eſt d'avis contraire : il dit que celui des retrayans qui a payé le total, eſt devenu par ce paiement aux droits de l'aquéreur, & qu'il peut par conſéquent oppoſer les mêmes exceptions que l'acquéreur auroit pu oppoſer au retrayant qui ne s'eſt pas préſenté dans le terme fatal; & il cite pour ſon opinion Ferriere & Carondas. La réponſe eſt que le droit qu'avoit l'acquéreur d'obtenir la déchéance du retrait faute d'être rembourſé dans le terme fatal, eſt un droit qui lui étoit perſonnel, attaché à ſa qualité *d'acquéreur ſur qui on exerce le retrait*, qui n'a pas pu paſſer au retrayant qui a rembourſé le total du prix à cet acquéreur.

383. Les offres doivent être ſuivies d'une conſignation que le retrayant doit faire dans le temps fatal de vingt-quatre heures, accordé pour l'exécution du retrait; le retrayant ne ſatisferoit pas aux Coutumes par les ſeules offres; car elles ont bien l'effet de conſtituer l'acquéreur en demeure de recevoir, mais il n'y a que la conſignation qui équipolle au paiement; & les Coutumes ordonnent au retrayant *de payer*, à peine de déchéance; Paris, *art.* 136; Orléans, *art.* 270.

384. La conſignation ſeule ne ſuffiroit pas non plus; car elle n'eſt admiſe qu'à défaut par l'acquéreur de recevoir : ainſi il faut & les offres & la conſignation.

385. Cette conſignation doit, 1°. ſe faire partie appellée.

A cet effet le Sergent, par la ſommation qui contient les offres, doit déclarer à l'acquéreur, que faute par lui d'avoir reçu la ſomme offerte, le retrayant la conſignera en tel lieu & à telle heure, où il eſt ſommé de ſe trouver.

Si cette ſommation de ſe trouver à la conſignation avoit été omiſe dans la ſommation de recevoir, elle pourroit ſe faire par un acte ſubſéquent. Lemaître dit qu'elle ſe peut faire à domicile de Procureur.

Au reſte, il n'eſt point néceſſaire d'obtenir Sentence qui permette de conſigner; Dupleſſis, *ibid.* Lemaître eſt de même avis; *diſſentit.* Guérin.

386. Cette conſignation doit être intégrale, de même que les offres; pour peu qu'il manquât de la ſomme qui doit être rembourſée à l'acquéreur, la conſignation devroit être déclarée nulle, & le retrayant déchu du retrait.

387. Lorſque le retrayant ſoutient que le prix exprimé par le contrat eſt plus fort que celui qui a été véritablement convenu entre les parties, il eſt plus ſur que le retrayant conſigne toute la ſomme exprimée par le contrat, ſans préjudice du plus; car autrement s'il ne pouvoit faire ſa preuve, la conſignation qu'il a faite ne ſe trouvant pas intégrale, il ſeroit déchu du retrait. Mais ſi dans la confiance où eſt le retrayant qu'il fera ſa preuve, il a conſigné moins, la validité de la conſignation dépendra de l'événement de la preuve; & s'il eſt juſtifié que le prix porté par le contrat n'eſt pas le véritable prix, & que celui qui a été convenu entre les parties, n'excede pas la ſomme conſignée, la conſignation ſera valable; Dumoulin, ſur la Coutume de Nevers, *tit.* 31, *art.* 3.

388. Enfin, 3°. cette conſignation doit être faite dans les mêmes eſpeces qui ont été offertes; c'eſt l'avis de Lemaître & des Commentateurs par lui cités. La raiſon qu'il en rend, eſt qu'on ne peut pas juger ſi l'acquéreur a eu raiſon

de refuſer celles qui lui ont été offertes, ſi on ne les voit, & ſi ce ne ſont pas les mêmes qui ont été conſignées.

389. Si depuis les offres & avant la conſignation, les eſpeces étoient diminuées, le retrayant qui, par la ſommation qui contient ſes offres, auroit ſignifié un bordereau des eſpeces par lui offertes, ne ſeroit pas tenu à conſigner rien de plus que les eſpeces par lui offertes; & la perte de la diminution doit en ce cas être ſupportée par l'acquéreur; car c'eſt un effet de la demeure en laquelle eſt un créancier de recevoir, qu'il ſoit tenu d'indemniſer le débiteur de la perte que ſa demeure lui a cauſée, & par conſéquent de ſe charger de la perte ſurvenue ſur les eſpeces offertes, que le débiteur n'eût pas ſouffert ſi le créancier eût reçu.

Il y a une autre raiſon, qui eſt que le retrayant qui, avant les offres, étoit débiteur d'une ſomme en eſpeces indéterminées, ſe rend par les offres débiteur des eſpeces par lui offertes, comme de corps certains; or lorſqu'un corps certain eſt dû, il eſt aux riſques du créancier.

390. Cette ſeconde raiſon doit faire décider, dans le cas inverſe auquel les eſpeces ſeroient augmentées, que c'eſt l'acquéreur qui doit profiter de l'augmentation, & que le retrayant doit conſigner toutes les eſpeces par lui offertes, telles qu'elles ſe trouvent; car ces eſpeces étant par ces offres devenues individuellement la choſe due, le créancier doit profiter de l'augmentation qui y eſt ſurvenue, ſuivant la maxime que dans les dettes de corps certains, le créancier profite de l'augmention, comme il ſouffre de la diminution. Le retrayant ayant par ſes offres réaliſées par la ſignification du bordereau des eſpeces, déterminé la dette du rembourſement du prix à la dette des eſpeces offertes, il ne peut plus à cet égard changer de volonté au préjudice du créancier, ſuivant cette regle : *Nemo poteſt mutare conſilium in alterius injuriam.*

391. Enfin Dupleſſis, *chap.* 3, *ſect.* 2, veut que la conſignation, lorſqu'elle a été faite en l'abſence de l'acquéreur, lui ſoit ſignifiée dans le temps fatal des vingt-quatre heures. La raiſon eſt que tant qu'on n'a pas mis l'acquéreur en état de retirer les eſpeces, en lui donnant connoiſſance de la conſignation, elle ne peut pas, ſelon lui, paſſer pour un paiement parfait, étant même choſe pour cette acquéreur qu'on n'ait pas conſigné, ou qu'il ignore la conſignation. Les Annotateurs ſemblent douter de cette déciſion : ils diſent, qu'il n'y a que Brodeau qui ait été de cet avis; que la Coutume ne s'eſt pas expliquée de cette ſignification. L'acquéreur ne peut oppoſer qu'il a ignoré la conſignation, quoiqu'elle ne lui ait pas été ſignifiée, en ayant été averti par l'acte par lequel il y a été appellé. M. R. croit cette ſignification, dans le temps fatal, indiſpenſable.

Cette conſignation faite, le retrayant doit aſſigner l'acquéreur, pour voir déclarer la conſignation valable, & en conſéquence ordonner que l'acquéreur ſera tenu de quitter la poſſeſſion de l'héritage au retrayant, ſinon qu'il ſera permis au retrayant de l'expulſer.

392. L'acquéreur peut prévenir cette demande, en aſſignant le retrayant pour voir prononcer la nullité des offres ou de la conſignation, & en conſéquence la déchéance du retrait.

393. En attendant le jugement ſur l'une ou l'autre de ces demandes, le ſort

de la consignation est en suspens, & les deniers consignés sont aux risques, ou de l'acquéreur, si la consignation est jugée valable ; ou du retrayant, si elle est déclarée nulle ; & en conséquence si les deniers consignés étoient péris par vol, incendie, ou par quelque autre cas que ce soit, c'est sur la partie qui aura succombé que doit tomber la perte.

Voyez sur la consignation notre Traité des Obligations, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 8.

394. Si le retrayant avoit retiré du Bureau des Consignations le prix qu'il a consigné, il n'est pas douteux qu'il seroit déchu du retrait ; c'est de sa part y renoncer que de retirer sa consignation.

Il en est de même si un créancier du retrayant avoit saisi & arrêté entre les mains du consignataire les deniers du retrayant son débiteur, & que la saisie & arrêt eût été déclarée valable. Il y a un Arrêt qui l'a jugé ainsi, cité dans les notes marginales de Duplessis, *loco citato ;* car la consignation ne peut être regardée comme un paiement valable, lorsque c'est pour une cause qui procede du fait du retrayant, que les deniers sont retirés de la consignation.

395. C'est une question controversée : si le lignager qui a donné la demande en retrait, peut être contraint par l'acquéreur à prendre le marché du retrait ? Tous conviennent que le retrayant peut se désister de sa demande en retrait, jusqu'à la reconnoissance ou adjudication : il en doit seulement les dépens jusqu'au jour du désistement. Mais lorsque le retrait sur la demande du lignager a été reconnu ou adjugé, il y en a qui pensent que l'acquéreur peut contraindre le retrayant à prendre le marché. Leur raison est que par la reconnoissance ou adjudication du retrait, il se contracte un contrat ou quasi-contrat entre le retrayant & l'acquéreur, par lequel, de même que l'acquéreur, s'oblige à délaisser l'héritage au retrayant ; le retrayant s'oblige de son côté envers lui au paiement de tout le contenu dans les offres qu'il lui a faites. C'est ce qu'enseigne Dumoulin en sa note sur l'article 7 de la Coutume de Bordeaux : *Aut reus jam acceptavit, & non potest discedere invito reo, aut nondum acceptavit, & potest sive ante litem contestatam, sive post discedere, refusis impensis, & ita practicari vidi.* Mornac, *ad* L. 39, *Cod. de Episc. & Cleric.*, atteste aussi que c'est la Jurisprudence. Néanmoins Tiraqueau, *ad finem tituli*, *n.* 28, est d'avis contraire : il se fonde sur la Loi *si judex* 41, ff. *de minor.*, où il est dit qu'un mineur peut se désister du profit d'une Sentence qui l'a restitué contre un acte de vente, malgré celui avec qui la Sentence a été rendue ; *quia licet unicuique contemnere quæ pro se introducta sunt.* Grimaudet, *n.* 33, est aussi de cet avis. La Coutume d'Anjou, 407, & du Maine, 418, paroissent conformes à ce sentiment ; car dans le cas auquel le retrait est reconnu, & que le retrayant ne veut plus prendre le marché, elles se contentent de dire qu'il est tenu des dépens, dommages & intérets.

CHAPITRE X.

Des obligations de l'Acquéreur qui a reconnu le retrait, ou ſur qui il a été adjugé.

396. L'ACQUÉREUR ſur qui le retrait a été adjugé, eſt obligé de délaiſſer au retrayant l'héritage ; il eſt encore tenu envers lui à certaines preſtations, ſoit par rapport aux fruits qu'il a perçus, ſoit par rapport aux dégradations faites par ſa faute dans l'héritage.

§. I.

Du délai de l'héritage.

397. Premiérement, l'acquéreur eſt obligé de délaiſſer au retrayant l'héritage.

Si depuis le contrat il s'eſt fait quelque accroiſſement naturel à l'héritage, *putà*, *per alluvionem*, l'acquéreur ne pourra pas le retenir, & il ſera obligé de délaiſſer l'héritage avec cet accroiſſement qui en fait partie. On oppoſera peut-être que dans le cas du réméré nous avons décidé conformément à l'opinion de pluſieurs Docteurs, que l'acheteur ſur qui on exerçoit le réméré, pouvoit retenir cet accroiſſement. La raiſon de différence vient de la nature de ces droits : le droit de réméré eſt le droit que s'eſt retenu le vendeur de ſe faire rendre ce qu'il a vendu : il ne peut pas prétendre avoir vendu cet accroiſſement, qui n'a commencé d'exiſter que depuis la vente : il ne peut donc être ſujet au réméré. Le droit de retrait eſt de prendre le marché de l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce, & par conſéquent de profiter de tous les avantages qui ont réſulté de ce marché.

398. L'acquéreur doit faire ce délais auſſi-tôt après que le retrayant lui a rembourſé le prix & les autres ſommes liquides qui doivent lui être rembourſées, & lui a rapporté quittance ou décharge de ce qui en étoit dû.

Le délais de l'héritage ne peut être différé juſqu'après la liquidation des autres choſes non liquides qui doivent être rembourſées à l'acquéreur : l'acquéreur ne peut pas même prétendre que le retrayant, pour entrer en poſſeſſion de l'héritage avant cette liquidation, doive lui donner caution : il doit ſuffire à l'acquéreur d'avoir pour ces créances non liquides un privilege ſur le fonds.

399. Si c'étoit le prix principal qui ne fût pas liquide, comme dans le cas auquel mon parent auroit cédé à quelqu'un un héritage pour être tenu quitte envers lui de l'adminiſtration qu'il avoit eue de ſes biens, l'acquéreur en ce cas n'eſt pas tenu ſur ma demande en retrait de me délaiſſer l'héritage avant la liquidation & le rembourſement de ſa créance, en paiement de laquelle l'héritage lui a été donné ; mais comme il pourroit tirer les choſes en longueur, le Juge doit lui fixer un temps pour la faire ; Grimaudet, VII, 13.

§. II.

§. II.

Des fruits.

400. A l'égard des fruits, ceux qui ſe trouvent pendans lors de l'adjudication ou reconnoiſſance du retrait, doivent appartenir au retrayant, en rembourſant l'acheteur des labours & ſemences; l'héritage doit lui être reſtitué tel qu'il ſe trouve, & par conſéquent avec les fruits qui y ſont pendans & qui en ſont partie.

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui les partagent entre le retrayant & l'acheteur à qui elles en accordent une partie au *prorata du temps qu'il n'aura été rembourſé de ſon prix*. Ce ſont les termes dont ſe ſert la Coutume de Berry, *T.* XIV, *art.* 2; Angoumois, *chap.* 5, *art.* 78. Ce partage eſt accordé pour indemniſer l'acheteur du défaut de jouiſſance de l'argent qu'il a payé pour le prix de ſon acquiſition. Dans nos Coutumes on pourvoit d'une autre maniere à cette indemnité, en lui paſſant en loyaux-coûts les intérêts du prix qu'il a payé juſqu'au jour des offres qui lui ont été faites de le rembourſer, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 317.

401. A l'égard de ceux perçus avant l'adjudication, il faut diſtinguer entre ceux qui ont été recueillis avant la demande & les offres du retrayant, & ceux qui n'ont été recueillis que depuis.

A l'égard de ceux qui n'ont été recueillis que depuis la demande & les offres du retrayant, l'acheteur qui les a recueillis, doit pareillement les rendre entiérement au retrayant, ſous la déduction des frais de labours & ſemences. C'eſt la diſpoſition de Paris, *art.* 134; d'Orléans, *art.* 374, & du plus grand nombre des Coutumes, ſauf celles qui en ordonnent le partage au prorata du temps entre le retrayant & l'acheteur.

Quelques Coutumes néanmoins n'accordent les fruits au retrayant, les unes comme celle du Perche, *art.* 194, que du jour de la conteſtation en cauſe; les autres comme Berry, *T.* 14, *art.* 6, que celui de la conſignation du prix; mais ces Coutumes doivent être reſtreintes à leur territoire. Ceux qui les accordent du jour de la demande & des offres, forment le droit commun; & elles ſont fondées ſur deux principes de Droit: le premier, que la demande & les offres du retrayant mettent l'acquéreur en demeure de délaiſſer l'héritage dont le retrait lui eſt demandé: le ſecond eſt, que tout débiteur qui eſt conſtitué en demeure de délaiſſer une choſe, eſt tenu de faire raiſon au créancier à qui il la doit délaiſſer, de tous les fruits recueillis depuis ſa demeure.

Ce principe eſt une conſéquence d'un autre principe; ſçavoir, qu'un débiteur ne doit pas profiter de la demeure injuſte en laquelle il a été, & qu'il eſt au contraire tenu des dommages & intérêts réſultans de ſa demeure, ce qui renferme tout ce que le créancier a perdu & tout ce qu'il a manqué de gagner par la demeure de ſon débiteur: or il eſt évident que la demeure du débiteur a privé le retrayant des fruits de l'héritage qu'il auroit recueillis, ſi l'héritage lui eût été délaiſſé, lorſqu'il l'a demandé; il doit donc être indemniſé de ces fruits par le débiteur.

402. Suivant ces principes, l'acquéreur non-ſeulement doit faire raiſon des

ſruits qu'il a recueillis, mais encore de tous ceux que le retrayant auroit pu recueillir, ſi l'héritage lui eût été délaiſſé auſſi-tôt après la demande & les offres, quoique l'acquéreur ne les ait pas recueillis.

Par exemple, ſi pendant le procès depuis la demande & les offres du retrayant, l'acquéreur a négligé d'enſemencer une piece de terre qui étoit en ſaiſon d'être enſemencée, il eſt obligé de faire raiſon au retrayant des fruits qui auroient pu être recueillis ſur cette terre, ſi elle eût été enſemencée; car le retrayant, ſi l'héritage lui eût été délaiſſé, lorſqu'il l'a demandé, auroit pu enſemencer cette piece de terre, & en percevoir les fruits.

Quid, ſi lors de la demande en retrait le temps de la ſemence étoit paſſé, quoique le retrayant ne puiſſe pas dire en ce cas que ſi l'héritage lui eût été délaiſſé auſſi-tôt après ſa demande, il eût pu percevoir des fruits ſur cette terre, puiſqu'on n'étoit plus à temps de pouvoir l'enſemencer; ne peut-il pas prétendre que l'acquéreur doit encore en ce cas être tenu de lui faire raiſon des fruits qu'eût produits cette terre, ſi elle eût été enſemencée; parce que c'eſt la faute de l'acquéreur de ne l'avoir pas enſemencée? Grimaudet, IV, 37, *&c.* décide fort bien que le retrayant n'eſt pas fondé dans cette prétention. La raiſon eſt, que l'acquéreur eſt bien tenu, avant la demande en retrait à la conſervation de l'héritage; c'eſt pourquoi il eſt tenu envers le retrayant, de ſa faute à cet égard, ſi par ſa faute l'héritage ſe trouvoit dégradé; mais il n'eſt point avant la demande, comptable des fruits; c'eſt pourquoi il ne peut être tenu d'aucune faute à cet égard.

403. Il nous reſte à obſerver que les fruits recueillis par l'acquéreur depuis les offres dont il eſt obligé de tenir compte au retrayant, ne s'eſtiment que ſous la déduction des frais de ſemences & de culture, lorſque c'eſt l'acquéreur qui a fait ces frais : *Fructus enim non intelliguntur niſi deductis impenſis* : L. 36, §. 5, ff. *de her. pet.*

Cette déciſion a lieu quand même l'acquéreur auroit enſemencé les terres du bled qu'il auroit recueilli dans l'héritage; car ce bled lui ayant été acquis, il n'en eſt pas moins vrai de dire que c'eſt à ſes dépens qu'il a enſemencé la terre. C'eſt l'avis de Pallu, ſur Tours; & de Dupineau, ſur Angers.

404. A l'égard des fruits qui ont été recueillis par l'acquéreur avant les offres, ils appartiennent à l'acquéreur, & il n'en doit pas compter au retrayant.

Ce principe ſouffre une premiere limitation. Il faut pour cela que l'acquéreur ne les ait pas recueillis avant leur maturité en fraude du retrait; car ſi l'acquéreur, peu de jours avant la demande en retrait qu'il avoit appris qu'on devoit donner contre lui, avoit fait la récolte avant le temps, dans la vue d'en frauder le retrayant, cet acquéreur ne devroit pas profiter de cette fraude, & il devroit compter de ces fruits au retrayant, de même que s'il ne les avoit recueillis que depuis les offres

S'il paroiſſoit quelque juſte cauſe pour laquelle l'acquéreur eût coupé les fruits avant leur maturité, *putà* s'il avoit fait cela à l'approche d'une armée ennemie, il ne ſeroit pas préſumé l'avoir fait en fraude du retrait, & ne ſeroit pas par conſéquent tenu d'en faire raiſon au retrayant.

Pour que le retrayant puiſſe prétendre que l'acquéreur lui faſſe raiſon des fruits coupés avant leur maturité, il faut qu'il ait donné la demande en re-

trait avant le temps de leur entiere maturité; car s'il ne l'a donnée qu'après, l'acquéreur, en les coupant avant le temps de leur maturité, n'a fait de tort qu'à lui-même, il n'en a fait aucun au retrayant, puiſque ces fruits, quand même on auroit attendu le temps de leur maturité pour les recueillir, n'auroient pas appartenu au retrayant qui n'a donné ſa demande que depuis. Il n'importe que l'acquéreur ait eu deſſein de le frauder, lorſque par l'événement il ne l'a pas été: *Oportet ut concurrant concilium fraudis, & eventus.*

405. Le principe ſur les fruits coupés & perçus par l'acheteur avant la demande & les offres du retrayant, reçoit encore d'autres limitations: il faut pour cela diſtinguer pluſieurs eſpeces.

La premiere eſpece eſt des fruits qui ont, à la vérité, été perçus par l'acheteur avant les offres du retrayant, mais qui étoient pendans & prêts à couper lors du contrat de vente ſur lequel le retrait s'exerce. Il faut encore à cet égard diſtinguer deux cas. Le premier cas eſt, lorſque ces fruits n'ont pas été vendus à l'acheteur pour un prix ſéparé. En ce premier cas, ſoit que le contrat porte expreſſément que l'héritage eſt vendu avec les fruits qui y ſont pendans, ſoit qu'il n'ait été fait aucune mention deſdits fruits, l'acheteur doit rendre au retrayant ces fruits, s'ils ſont encore exiſtans & en ſa poſſeſſion, ſinon il doit faire raiſon du prix deſdits fruits au retrayant, en faiſant déduction au retrayant du prix deſdits fruits, ſur celui du contrat qui doit lui être rembourſé par le retrayant; à la charge par le retrayant, en l'un & l'autre cas, de tenir compte des frais faits par l'acheteur pour la récolte & la conſervation deſdits fruits. C'eſt ce que décide Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 1 *n.* 77, dans le cas du retrait féodal, qui eſt ſemblable à cet égard à celui du retrait lignager: *Cùm ſit unica venditio & unicum pretium, debet patronus refuſo toto pretio illos fructus habere, ſi exſtant; vel, ſi jam ſint per emptorem conſumpti, eorum æſtimationem de pretio deducere; deductis ſemper impendiis collectionis & conſervationis fructuum.*

La raiſon de cette déciſion eſt évidente: ces fruits, qui lors du contrat de vente, étoient pendans & prêts à couper, ſont entrés en conſidération dans le marché qui a été fait de l'héritage, & en ont augmenté le prix: ils ſont donc partie de ce qui a été vendu; & ſi l'acheteur qui eſt rembourſé par le retrayant du prix entier du marché, retenoit ces fruits, il auroit tout-à-la-fois & la choſe & le prix.

Si les fruits qui étoient pendans lors du contrat, étoient depuis péris par une grêle, un incendie, ou par quelqu'autre eſpece de force majeure, ſoit avant, ſoit depuis la récolte, cette perte doit tomber ſur le retrayant; & quoiqu'on ne puiſſe rien lui rendre deſdits fruits, qu'on ſuppoſe entiérement péris par cet accident, il ne laiſſe pas de devoir rendre le prix entier du contrat, ſans qu'il puiſſe prétendre qu'il lui ſoit fait aucune déduction pour le prix deſdits fruits. La raiſon eſt, que le retrayant, par le retrait, prenant pour ſon compte le marché, il en doit ſupporter les pertes à la place de l'acquéreur ſur qui il exerce le retrait, de même qu'il en a le bénéfice, & par conſéquent il doit ſupporter la perte de ces fruits qui faiſoient partie de ce marché. Ajoutez que ſuivant ce que nous avons vu ci-deſſus, la reſtitution des fruits qui étoient pendans lors du contrat, eſt due en nature au retrayant: or

c'eſt un principe en fait de dettes de choſes qui ſont dues comme corps certain, que la perte qui en arrive tombe ſur le créancier: *Res perit creditori.*

406. Le ſecond cas eſt lorſque les fruits qui étoient pendans lors du contrat, ont été vendus pour un prix ſéparé de celui de l'héritage; en ce cas y ayant deux marchés, puiſqu'il y a deux prix, & n'y ayant que le marché de l'héritage qui ſoit ſujet au retrait, l'acheteur peut retenir les fruits. En vain oppoſeroit-on, que quoique l'héritage & les fruits qui y étoient pendans aient été vendus pour des prix ſéparés, néanmoins l'acheteur n'ayant acheté les fruits que parce qu'il achetoit l'héritage, les deux marchés ne doivent être conſidérés que comme un ſeul marché; car dans la vérité, il y a deux marchés; & ſi l'on dit quelquefois, lorſque l'acheteur le demande, les regarder comme n'en faiſant qu'un ſeul, ce n'eſt qu'en faveur de l'acheteur & pour pourvoir à ſon indemnité: or il peut ne pas uſer de ce qui n'eſt établi qu'en ſa faveur. C'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin, *d. gl. n.* 80: *Venditum eſt feudum*, dit-il, *fructibus maturis plenum, & certum eſt pretium pro illis diſtributum; utrùm patronus invito emptore poſſit etiam fructus retrahere? Dicendum quòd non; quia ſeparata eſt venditio fructuum, ex quo pro illis certum pretium eſt taxatum.... Nec obſtat quòd non eſt niſi una venditio, ſi emptor non erat empturus fructus ſine fundo; quia hoc eſt verum reſpectu ipſius emptoris, & in ejus favorem pro ſuo intereſſe, cui poteſt renunciare.*

Cette déciſion n'a pas lieu lorſqu'il paroît de la fraude, & qu'on a eſtimé à un très-bas prix les fruits pendans, pour groſſir celui de l'héritage en fraude du tetrait. Dans ce cas de fraude, on doit permettre au retrayant de retirer les fruits avec l'héritage; Molin. *d. gl. n.* 81.

407. La ſeconde eſpece de fruits perçus par l'acheteur avant la demande en retrait, eſt de ceux pour la production deſquels les ſemences & labours n'ont été faits que depuis le contrat de vente: il n'eſt pas douteux que ces fruits appartiennent entiérement à l'acheteur, ſans que le retrayant puiſſe lui faire aucune déduction pour raiſon deſdits fruits ſur le prix du contrat qu'il doit lui rembourſer. C'eſt principalement de cette eſpece que doit s'entendre l'article 375, de notre Coutume d'Orléans.

Néanmoins ſi par une clauſe du contrat de vente, il étoit convenu que l'acheteur auroit terme d'un an, ou auroit terme de deux ans pour le païement du prix, ſans être tenu pendant ce temps d'aucun intérêt, & que néanmoins il entreroit en jouiſſance dès le moment du contrat; comme en ce cas les années de jouiſſance accordées à l'acheteur ſeroient entrées en conſidération dans le marché, & en auroient augmenté le prix, le retrayant eſt bien fondé en ce cas à faire, ſur le prix entier du contrat dans lequel eſt entré celui deſdites jouiſſances, déduction à l'acheteur du prix deſdites jouiſſances; car l'acquéreur ayant eu ces jouiſſances, c'eſt lui qui en doit le prix.

408. La troiſieme eſpece de fruits perçus par l'acheteur avant la demande en retrait, eſt de ceux qui n'étoient pas encore, à la vérité, lors du contrat de vente de l'héritage, pendans & prêts à couper, mais pour la production deſquels les labours & ſemences avoient été faits avant le contrat. Ces fruits appartiennent à l'acheteur qui les a perçus avant la demande en retrait; mais comme les frais de labours & ſemences qui avoient été faits avant le contrat

de vente ſont entrés en conſidération dans le marché de l'héritage, & en ont augmenté le prix, une terre labourée & enſemencée étant d'un plus grand prix que ſi elle ne l'étoit pas, le retrayant ſera bien fondé à faire à l'acheteur, ſur le prix du contrat qu'il doit lui rembourſer, déduction de celui des labours & ſemences, qui eſt entré dans ce prix; car c'eſt celui qui a les fruits, qui doit ſupporter les frais de labours & ſemences.

409. La quatrieme eſpece de fruits perçus avant la demande en retrait, eſt de ceux qui étoient la production de pluſieurs années, courues avant le contrat de Vente. *Finge*, il dépendoit de l'héritage qui a été vendu un bois taillis qu'il eſt d'uſage dans le pays de couper tous les dix ans; lors du contrat, ce bois étoit âgé de huit ans; l'acheteur n'ayant pas fait ce qui eſt requis pour faire courir l'an du retrait, la demande en retrait n'a été ordonnée qu'après plus de deux ans depuis le contrat, & après que l'acheteur a perçu la coupe de ce bois; il eſt évident en ce cas que le prix des feuilles dont le bois étoit âgé lors du contrat de vente de l'héritage, eſt entré en conſidération dans le marché, & en a augmenté le prix. C'eſt pourquoi l'acheteur qui a perçu la coupe entiere, doit ſouffrir que ſur la reſtitution qui doit lui être faite par le retrayant, du prix du contrat, il lui ſoit fait déduction par le retrayant du prix de ces feuilles, qui eſt entré dans le prix du contrat; ſans cela il ſe trouveroit avoir tout-à-la-fois, & la choſe & le prix; ce que l'équité ne permet pas.

410. Il nous reſte à voir quand les fruits ſont cenſés perçus. Ceux que la terre produit, ſoit naturels, ſoit induſtriels, ſont cenſés être perçus auſſi-tôt qu'ils ont été ſéparés de la terre, quand même ils ſeroient encore ſur le champ, & n'auroient pas encore été enlevés. C'eſt pourquoi, ſi la demande en retrait n'a été donnée qu'après que les avoines ont été fauchées, quoiqu'elles fuſſent encore ſur le champ lors de la demande, ces avoines appartiendront à l'acquéreur, comme ayant été perçus avant la demande.

411. A l'égard des fruits civils, il faut diſtinguer leurs différentes eſpeces. Les fermes des biens de campagne étant dues par les Fermiers pour les fruits qu'ils recueillent, ces fermes ſont dues & acquiſes lorſque les fruits ont été recueillis par le Fermier, quoique le terme qui lui eſt accordé pour le paiement de la ferme ne ſoit pas échu. C'eſt pourquoi ſi la demande en retrait pour une métairie de Beauce eſt donnée à la fin d'Août après la récolte finie, les fermes appartiendront en entier à l'acquéreur, quoique par la Loi du bail elles ne duſſent être payées qu'à la Touſſaint, à Noël & à Pâques.

Si la demande en retrait a été donnée durant la récolte, l'acquéreur aura une part dans la ferme, à proportion de ce qu'on eſtimera qu'il y avoit déja de fruits coupés le jour de la demande. Par exemple, ſi l'on eſtime qu'au temps de la demande en retrait, la récolte étoit déja faite au tiers, l'acheteur aura le tiers de la ferme, & le retrayant les deux autres tiers.

412. Ce principe que les fermes dues pour raiſon des fruits coupés avant la demande en retrait, appartiennent à l'acheteur, reçoit quelques exceptions ou limitations.

La premiere eſt, lorſque la récolte pour laquelle la ferme eſt due, qui a été faite avant la demande en retrait, étoit imminente lors du contrat de vente de

l'héritage ; en ce cas la ferme qui devoit être due bien-tôt pour cette récolte, étant entrée en conſidération dans le marché de l'héritage dont elle a augmenté le prix, & faiſant en conſéquence partie de ce qui a été vendu par le marché, elle doit appartenir au retrayant.

La ſeconde eſt, lorſque les fruits qui ont été coupés avant la demande en retrait, & pour la récolte deſquels la ferme eſt due, ſont la production d'un certain nombre d'années, dont pluſieurs étoient écoulées au temps du contrat de vente de l'héritage : la ferme qui devoit être due par la ſuite pour leſdits fruits, eſt entrée lors du marché en conſidération, pour raiſon des années qui étoient écoulées, & elle en a augmenté le prix ; elle fait pour raiſon deſdites années partie de ce qui a été vendu. C'eſt pourquoi le retrayant qui rembourſe le prix entier du contrat à l'acheteur, doit avoir une part dans la ferme de ces fruits, au *prorata* des années écoulées avant le contrat de vente.

La troiſieme eſt, lorſque par une clauſe du contrat de vente, il a été accordé terme d'un an, ou de pluſieurs années pour le paiement du prix, & néanmoins convenu que l'acheteur entreroit dès le temps du contrat en jouiſſance de l'héritage, ſans payer aucuns intérêts pour le temps du terme : en ce cas les années de jouiſſance accordées à l'acheteur pendant le temps du terme, étant entrées en conſidération dans le marché dont elles ont augmenté le prix, & faiſant partie de ce qui a été vendu, les fermes échues pendant ce temps, quoiqu'avant la demande en retrait, doivent appartenir au retrayant qui rend à l'acheteur le prix entier du marché.

413. A l'égard des loyers de maiſon & des arrérages de rentes foncieres à prendre ſur quelques héritages que ce ſoit, ils ſe comptent de jour à jour ; ils appartiennent à l'acheteur pour le temps qui s'eſt écoulé depuis le contrat, juſqu'à la demande en retrait ; ſauf dans le cas de la troiſieme exception mentionnée au nombre précédent. Par exemple, ſi pour une maiſon dont les loyers ſe paient aux termes de Saint-Jean & de Noël, demande en retrait a été donnée quinze jours après la Saint-Jean, l'acquéreur aura dans le terme de Noël qui ſuit la demande, une portion pour le temps de quinze jours qui ſont courus de ce terme avant la demande en retrait, c'eſt-à-dire, une douzieme portion.

A l'égard du temps couru avant le contrat de vente, les loyers & arrérages pour raiſon de ce temps, appartiennent au vendeur, à moins que par le contrat ils n'aient été cédés à l'acheteur ; & comme en ce cas ils ſont partie de ce qui eſt vendu, ils doivent pour ce temps appartenir au retrayant.

414. A l'égard des fruits civils caſuels, ils ſont acquis lorſqu'ils naiſſent. C'eſt pourquoi les profits de fief appartiennent à l'acquéreur, ſi les ventes ou les mutations qui y donnent ouverture ſont arrivées avant la demande : pareillement les amendes & les confiſcations lui appartiennent, ſi le jugement a été rendu avant la demande.

Quelques Auteurs néanmoins ont prétendu que les amendes étoient dues au Seigneur de Juſtice, du jour du délit, & qu'en conſéquence, dans le retrait d'une Seigneurie, ſi le délit a été commis avant la demande en retrait, l'amende ne peut être prétendue par le retrayant ; mais elle appartient à l'acquéreur, quoique la condamnation de l'amende ne ſoit intervenue que depuis la demande

en retrait. Leur raiſon eſt que c'eſt par le délit que celui qui le commet, contracte l'obligation de l'amende, & non par le jugement de condamnation qui ne fait que déclarer qu'il eſt débiteur; c'eſt l'avis de Tiraqueau, *Traité du Retrait Conv.* §. 5, *gl.* 4, *n.* 22, *& ſeq.* L'opinion contraire me paroît plus plauſible; celui qui commet un crime ſe rend bien, en le commettant, digne de l'amende, de même que de toutes les autres peines que mérite ſon crime; mais il n'eſt débiteur que du jour que cette peine lui eſt infligée par un jugement de condamnation: c'eſt le jugement qui fait acquérir au Seigneur-Juſticier le droit de l'exiger: ce n'eſt donc que du jour de ce jugement qu'eſt né ce fruit civil de la juſtice. Avant ce jugement le délit ne peut faire conſidérer l'amende dont s'eſt rendu digne celui qui l'a commis, que tout au plus comme un fruit ſemé & comme un germe.

Quelques Auteurs ont diſtingué entre les amendes qui ſont laiſſées à l'arbitrage du Juge & celles qui ſont déterminées par la Loi. Mais je penſe que même à l'égard de celles-ci le droit de les exiger n'eſt acquis au Seigneur que par le jugement de condamnation: jamais perſonne ne s'aviſera de dire, qu'une perſonne qui a commis un délit eſt obligée, ſans être pourſuivie, à aller payer au Seigneur-Juſticier l'amende que mérite ſon délit, ce qu'il faudroit néanmoins dire, ſi la dette de l'amende étoit contractée par le délit.

§. III.

Du tréſor trouvé dans l'héritage.

415. Lorſque l'acquéreur a trouvé un tréſor dans l'héritage ſujet au retrait avant la demande, doit-il rendre au retrayant la partie du tréſor que les Loix adjugent au propriétaire de l'héritage dans lequel il eſt trouvé? La raiſon de douter eſt, 1°. que cet acquéreur, lors de la découverte du tréſor, étoit le propriétaire du fonds: 2°. que les fruits qui ſont perçus avant la demande appartiennent à l'acquéreur qui n'eſt point tenu de les rendre au lignager. La raiſon de décider que l'acquéreur ne peut retenir cette portion du tréſor & qu'il la doit rendre au retrayant, eſt que cette portion du tréſor n'eſt pas un fruit de l'héritage; L. 7, §. 12, *ſolut. matrim.*; c'eſt une eſpece d'acceſſoire de l'héritage, cette portion étant acquiſe au propriétaire de l'héritage *jure quodam acceſſionis*: l'acquéreur qui n'avoit qu'un droit de propriété momentané dans l'héritage, n'a pu acquérir de même qu'un droit momentané dans cette portion de tréſor qui en eſt un acceſſoire & en doit ſuivre la nature; & il doit rendre au retrayant l'héritage avec cet acceſſoire. C'eſt ſuivant ce principe, qu'un mari qui par le Droit Romain étoit propriétaire du fonds dotal durant le mariage, étoit néanmoins lors de la diſſolution du mariage tenu de rendre à la femme avec le fonds dotal, cette portion du tréſor qui y avoit été trouvé durant le mariage, & par conſéquent pendant le temps qu'il étoit propriétaire; *d.* §. 12. Ajoutez que l'obvention de ce tréſor eſt une bonne fortune & un bénéfice qui provient du marché de l'héritage; le retrayant qui prend le marché pour ſon compte & avec tous les riſques, en doit auſſi avoir tous les bénéfices.

§. IV.

Des dégradations.

416. L'acquéreur eſt tenu de faire raiſon des dégradations ſurvenues par ſa faute dans l'héritage, depuis qu'il en eſt entré en poſſeſſion, juſqu'au délais qu'il en doit faire.

En cela l'acquéreur vis-à-vis le retrayant, eſt différent d'un poſſeſſeur de bonne foi vis-à-vis le propriétaire ; celui-ci n'eſt tenu des dégradations par lui faites avant la demande, qu'autant qu'il en auroit profité ; car tant qu'il a poſſédé de bonne foi, il n'a contracté aucune obligation envers le propriétaire de lui rendre l'héritage, ni par conſéquent de le lui conſerver ; le propriétaire ne peut donc pas lui imputer de ne le lui avoir pas conſervé, & de l'avoir dégradé ; ce poſſeſſeur a pu abuſer d'une choſe dont il ſe croyoit propriétaire incommutable. Mais celui qui acquiert un héritage ſujet à retrait, ſçait, ou doit ſçavoir qu'il eſt ſujet à retrait, & il contracte en l'acquérant, l'obligation de le rendre à ceux des lignagers qui en voudront exercer le retrait, & par conſéquent celle de le leur conſerver ; Grimaudet, IV, 36.

417. L'acquéreur eſt tenu, non-ſeulement des dégradations qui conſiſtent dans quelque fait de ſa part, comme s'il a arraché des vignes, abattu quelque édifice, *&c.* ; il eſt tenu auſſi de celles qui réſultent de ſon défaut de ſoin. Lalande, ſur notre Coutume d'Orléans, eſt d'avis contraire. Les Loix qu'il cite pour ſon avis, ſont dans l'eſpece d'un poſſeſſeur de bonne foi vis-à-vis le propriétaire, & ne peuvent par conſéquent recevoir d'application à l'acquéreur d'un héritage ſujet à retrait, en ayant fait voir ci-deſſus la différence.

417. De quelle eſpece de faute à cet égard l'acheteur eſt-il tenu ? M. R. penſe qu'il eſt tenu *de levi culpâ*. J'aurois de la peine à me rendre à cet avis : je ne le crois tenu envers le retrayant que de la faute groſſiere, *de latâ culpâ quæ dolo comparatur* ; car le quaſi-contrat d'où naît l'obligation de cet acquéreur envers le retrayant, eſt tout en faveur du retrayant ; cet acquéreur ne reçoit rien du retrayant, & par conſéquent il doit ſuffire, ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 141, que l'acquéreur ſoit tenu envers ce retrayant *de dolo & latâ culpâ*. On peut pour cette déciſion tirer argument de la Loi 22, §. 3, *ad Sc. Treb.*

En cela le retrait lignager differe du droit de réméré ; car à l'égard du droit de réméré, l'obligation que l'acheteur contracte de rendre l'héritage au vendeur lorſqu'il voudra le rémérer, étant une obligation qui naît d'une clauſe du contrat de vente qui eſt un contrat fait pour l'intérêt réciproque des deux parties, l'acheteur qui l'a contractée doit être tenu de la faute légere, ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *ibidem.*

418. Obſervez que ce n'eſt qu'avant la demeure que l'acheteur n'eſt tenu envers les lignagers que *de latâ culpâ* ; mais depuis qu'il a été conſtitué en demeure par une demande en retrait accompagnée d'offres valables, de quelque maniere que l'héritage ait été depuis dégradé, à moins que ce ne ſoit par une force majeure que le retrayant eût également éprouvée, ſi l'héritage lui eût été délaiſſé auſſi-tôt la demande, l'acquéreur eſt tenu d'en indemniſer ce lignager.

Car

Car c'eſt un effet de la demeure, qu'elle oblige le débiteur à indemniſer le créancier de toute la perte qu'elle lui cauſe, & qu'il n'eût pas ſans cela ſoufferte, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations. Or quelque légere que ſoit la faute par laquelle la détérioration de l'héritage eſt ſurvenue depuis la demeure, le lignager eſt bien fondé à prétendre que ſans la demeure il n'eût pas ſouffert cette perte, & qu'il n'auroit pas commis la faute qui l'a cauſée.

419. Lorſque le retrait s'exerce contre un tiers à qui l'acheteur ſujet au retrait a revendu l'héritage ſans lui donner connoiſſance de la charge du retrait, ce tiers n'eſt pas perſonnellement tenu des dégradations qu'il a faites, ignorant la charge du retrait, & encore moins de celles faites par le premier acheteur qui le lui a vendu: c'eſt ce premier acheteur qui eſt perſonnellement tenu des unes & des autres; mais cela n'empêche pas que le retrayant ne puiſſe retenir ſur le prix qu'il doit rembourſer à ce tiers le prix de ces dégradations, de même qu'il les retiendroit ſi le retrait s'exerçoit ſur le premier acheteur qui en eſt perſonnellement tenu. Car ce tiers n'ayant droit au rembourſement du prix qu'autant qu'il eſt aux droits de ce premier acheteur à qui il eſt dû, il ne doit pas plus recevoir que ce premier acheteur recevroit: *Qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

420. Il eſt défendu à l'acquéreur, non-ſeulement de dégrader l'héritage ſujet au retrait, mais même d'en changer la forme en quelque maniere que ce ſoit; Coutume de Paris, *art.* 146; Orléans, 373. D'où il ſuit que ſi l'acquéreur a fait des changemens, quoiqu'en mieux, comme s'il a fait de grandes croiſées à des chambres au lieu de petites qui y étoient, le retrayant qui aime mieux pour ſa commodité de petites croiſées que des grandes, eſt en droit d'obliger l'acheteur à remettre les choſes en l'état où elles étoient.

Si néanmoins la demande donnée par le retrayant pour le rétabliſſement des choſes dans l'ancien état contre l'acheteur qui les a changées en mieux, paroiſſoit donnée dans la vue de vexer l'acheteur, plutôt que pour aucun intérêt raiſonnable, le Juge n'y doit pas avoir égard.

421. On ne doit point regarder comme une dégradation dont l'acquéreur ſoit tenu, la moins-value des meubles & uſtenciles d'un moulin qui ont été uſés au ſervice du moulin, dont l'acquéreur a joui juſqu'à la demande en retrait; car il avoit droit de s'en ſervir; Grimaudet, VIII, 2.

CHAPITRE XI.

De l'effet du Retrait lignager.

NOUS établirons dans un premier article, des principes généraux ſur l'effet du retrait lignager. Nous traiterons dans un ſecond, de la réſolution des droits d'hypotheques & autres impoſés par l'acheteur, que le retrait opere. Dans le troiſieme, nous verrons ſi le retrayant eſt tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits, ſoit par le vendeur, ſoit par l'acheteur ſur qui le

retrait eſt exercé. Nous traiterons dans le quatrieme, des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage que le vendeur peut exercer contre le retrayant. Dans un cinquieme, nous parlerons du profit dû par la vente ſur laquelle le retrait a été exercé. Nous traiterons dans un ſixieme article, de la qualité de propre ou d'acquêt, que l'héritage retiré par retrait lignager eſt cenſé avoir en la perſonne du retrayant, ſoit par rapport à la communauté conjugale, ſoit par rapport à ſa ſucceſſion & à celle de ſes héritiers.

ARTICLE PREMIER.

Principes généraux ſur l'effet du retrait lignager.

422. Le droit de retrait lignager étant, comme nous l'avons dit au commencement de ce Traité, le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, & de devenir acheteur à ſa place, il ſuit delà que l'effet du retrait lignager eſt, que par le retrait tous les droits actifs réſultans du contrat qu'avoit l'acheteur étranger, ceſſent en ſa perſonne, & paſſent en celle du lignager retrayant.

Delà il ſuit que l'acheteur ſur lequel le retrait s'exerce, ceſſe par le retrait d'avoir un titre pour retenir l'héritage; & il eſt en conſéquence obligé de le délaiſſer au retrayant, en la perſonne duquel la Loi transfere le titre en vertu duquel cet acheteur le poſſédoit.

Il ne laiſſe pas néanmoins d'en être propriétaire, juſqu'à ce qu'il l'ait effectivement délaiſſé au retrayant; car ordinairement le domaine des choſes ne paſſe d'une perſonne à l'autre que par la tradition. La propriété de l'héritage retiré ne peut donc paſſer de la perſonne de l'acquéreur qui l'a une fois acquiſe, en celle du retrayant, que par le délais que lui en fera cet acquéreur.

423. Delà il me paroît ſuivre que lorſque l'acquéreur eſt mort dans l'année du retrait, avant aucune demande en retrait donnée contre lui, laiſſant un héritier aux meubles, & un autre héritier aux acquêts immeubles, le prix du retrait exercé ſur l'héritier aux acquêts, doit appartenir à cet héritier aux acquêts, & ne peut être prétendu par l'héritier aux meubles; car on ne peut pas dire que ce ſoit la ſomme qui eſt rembourſée par le retrayant, qui ſe ſoit trouvée dans la ſucceſſion de l'acquéreur: c'eſt l'héritage qui s'y eſt trouvé, auquel a ſuccédé ſon héritier aux acquêts. Comme c'eſt ſur lui que le retrait s'exerce, & que c'eſt lui qui a ſuccédé à l'héritage ſujet au retrait, c'eſt à lui que le prix du retrait doit appartenir. Tiraqueau, *ad fin. tit. n.* 14, & ſon fidele diſciple Grimaudet, VII, 24, ſont d'avis contraire. Les raiſons de Tiraqueau, ſont que le retrait, comme nous le verrons au numéro ſuivant, détruit dans la perſonne de l'acquéreur l'achat que cet acquéreur a fait de l'héritage, & transfere cet achat dans la perſonne du retrayant, qui eſt cenſé l'avoir acheté directement du vendeur: l'acheteur eſt donc cenſé n'avoir ni acheté, ni acquis l'héritage, & en avoir payé le prix, non pour lui, mais pour le retrayant. D'où Tiraqueau conclut qu'il doit être cenſé n'avoir pas laiſſé dans ſa ſucceſſion l'héritage, mais la créance pour la répétition du prix contre le retrayant, laquelle créance étant une créance mobiliaire, doit appartenir à ſon héritier au mobilier. La réponſe eſt, qu'il eſt vrai que le retrait fait paſſer

l'achat que l'acquéreur a fait de l'héritage en la perſonne du retrayant ; & que le retrayant eſt cenſé avoir acheté l'héritage directement du vendeur. Mais quoiqu'il ſoit vrai de dire que le retrayant eſt cenſé avoir acheté l'héritage directement du vendeur, on ne peut pas pour cela dire que l'héritage fait paſſer de la perſonne du vendeur directement en celle du retrayant. C'eſt comme dans la matiere des ſubſtitutions, quoique le ſubſtitué ſoit cenſé tenir directement du teſtateur les biens ſubſtitués, néanmoins ces biens ne paſſent pas directement de la perſonne du teſtateur en celle du ſubſtitué ; ils n'y paſſent que par le canal du grevé, qui en demeure le propriétaire juſqu'à l'ouverture de la ſubſtitution. Pareillement, quoique le retrayant ſoit cenſé acheter l'héritage directement du vendeur, néanmoins cet héritage ne paſſe pas directement de la perſonne du vendeur en celle du retrayant, il ne paſſe au retrayant que par le canal de l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait : juſqu'au retrait cet acheteur en eſt véritablement propriétaire, & par conſéquent lorſqu'il meurt avant qu'on l'ait exercé ſur lui, il le laiſſe dans ſa ſucceſſion à ſon héritier aux acquêts immeubles. L'héritier aux meubles ne peut pas prétendre avoir ſuccédé à la créance contre le retrayant pour le rembourſement du prix & des loyaux-coûts ; car l'acheteur n'a pu en mourant tranſmettre à cet héritier une créance qu'il n'avoit point & même qui n'exiſtoit pas encore. Ce n'eſt que par le retrait que ſe forme cette créance ; ce n'eſt qu'en exerçant le retrait que le retrayant contracte l'obligation de rembourſer le prix & les loyaux-coûts de l'acquiſition, & c'eſt envers celui ſur qui il exerce le retrait qu'il la contracte : d'où il ſuit que lorſque le retrait n'eſt exercé que depuis la mort de l'acheteur, le retrait n'ayant pas été en ce cas exercé ſur l'acheteur, c'eſt envers cet héritier aux immeubles que la dette du rembourſement du prix & des loyaux-coûts eſt contractée, & qu'elle ne l'a point été envers le défunt acheteur, qui n'a pu par conſéquent la tranſmettre à ſon héritier aux meubles.

La queſtion paroît plus difficile lorſque l'acheteur n'eſt mort que depuis la demande en retrait donnée contre lui, & les offres à lui faites de le rembourſer du prix, loyaux-coûts & miſes. Je ſerois porté à croire que même en ce cas, pourvu que lors de la mort de l'acheteur, le retrait n'eût pas encore été ni reconnu par l'acheteur ni adjugé par Sentence, le rembourſement du prix, loyaux-coûts & miſes, doit appartenir à l'héritier aux acquêts immeubles, contre qui le retrayant doit reprendre l'inſtance & faire adjuger le retrait. L'héritier au mobilier ne le peut prétendre ; car les ſimples offres qui ont été faites à l'acheteur, n'ont pu lui donner de droit, & le rendre créancier des ſommes dont on lui offroit le rembourſement, que par l'acceptation qu'il auroit faite deſdites offres, ou par un jugement de condamnation : d'où il ſuit qu'étant mort avant le retrait adjugé ou reconnu, & par conſéquent avant qu'il fût devenu créancier des ſommes offertes par le retrayant, il n'a pu en tranſmettre la créance dans ſa ſucceſſion, & elle ne peut par conſéquent être prétendue par ſon héritier aux meubles. On m'a oppoſé que la condamnation a un effet rétroactif à la demande, que le délais de l'héritage qui eſt fait au demandeur en retrait après la mort de l'acheteur, doit être cenſé lui avoir été fait dès le temps de ſa demande, & du vivant de l'acheteur, qui n'a pu par conſéquent le tranſmettre dans ſa ſucceſſion, & n'a pu y tranſmettre autre

choſe, que le droit qu'il a d'être rembourſé du prix, loyaux-coûts & miſes. Ma réponſe eſt, que la maxime oppoſée n'eſt établie qu'en faveur du demandeur : ce n'eſt qu'en ſa faveur que le délais de l'héritage eſt cenſé lui avoir été fait du jour qu'il a été demandé ; en ce ſens qu'on doit lui faire raiſon des fruits depuis la demande, & de tout ce qu'il auroit eu ſi le délais lui eût été fait auſſi-tôt qu'il l'a demandé. Ce qui eſt fondé ſur cette raiſon, qu'il ne doit pas ſouffrir de la demeure injuſte en laquelle a été le défendeur, de ſatisfaire à ſa demande. Mais cette maxime établie en faveur du demandeur, ne peut être appliquée dans cette eſpece aux différens héritiers du défendeur à la demande en retrait, puiſque ce n'eſt pas pour eux qu'elle a été établie.

Lorſque l'acheteur contre qui la demande en retrait a été donnée, n'eſt mort qu'après le jugement de condamnation, ou même ſeulement après avoir reconnu le retrait, quoique le délais de l'héritage n'eût pas encore été fait ; en ce cas c'eſt à ſon héritier au mobilier que le rembourſement du prix des loyaux-coûts & miſes doit être fait ; le droit en ayant été acquis au défunt par le jugement, ou par l'acceptation qu'il a faite des offres par ſa reconnoiſſance du retrait, il l'a tranſmis à ſon héritier aux meubles.

424. De ce que le retrait eſt le droit de prendre le marché de l'acheteur ſur qui il eſt exercé, il ſuit delà que le retrayant eſt cenſé tenir & avoir acheté directement du vendeur l'héritage par lui retiré, & non de l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, quoique ce ſoit par l'interpoſition de la perſonne de cet acheteur, que la propriété de l'héritage a paſſé de la perſonne du vendeur en la ſienne.

Il ſuit delà que le retrayant n'ayant pas pour auteur l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, mais ayant pour auteur le vendeur de qui il eſt cenſé avoir acheté l'héritage à la place de l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, il n'eſt point tenu des droits d'hypotheques & autres qui auroient été impoſés par l'acheteur avant le retrait ſur l'héritage, leſquels s'éteignent par le retrait. Nous traiterons en particulier de cet effet du retrait en l'article ſuivant.

425. De ce que le retrayant eſt cenſé avoir acheté, non de celui ſur qui il exerce le retrait, mais du vendeur, il ſuit auſſi que ſi le retrayant ſouffroit éviction de l'héritage qu'il a retiré, il n'auroit contre l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait aucune action de garantie, ni aucune répétition du prix qu'il lui a rembourſé ; mais il auroit contre le vendeur la même action de garantie qu'auroit eu cet acheteur, ſi ce fût lui qui eût ſouffert l'éviction, étant par le retrait ſubrogé à tous les droits de cet acheteur, réſultans du contrat de vente.

426. Il ſuit delà que l'acheteur peut exercer contre le vendeur toutes les actions réſultantes du contrat de vente qu'auroit pu exercer l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, ſans qu'il ſoit beſoin qu'il ait de lui aucune ceſſion deſdites actions ; car le retrait en faiſant le retrayant acheteur à la place de celui ſur qui le retrait eſt exercé, fait de plein droit paſſer toutes ces actions de ſa perſonne en celle du retrayant.

427. Il ſembleroit que toutes les obligations contractées dans le contrat de vente par l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, devroient pareillement ceſſer en ſa perſonne, & paſſer en celle du retrayant. Néanmoins nous avons vu ci-

deſſus que cet acheteur n'en étoit pas par le retrait libéré vis-à-vis du vendeur envers qui il les avoit contractées, mais qu'il en devoit être ſeulement indemniſé par le retrayant. *Voyez* ſuprà, *n.* 300.

428. Le retrayant n'ayant d'autre effet que de ſubroger le retrayant aux droits de l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, il ſuit delà que le retrayant ne peut avoir plus de droit dans l'héritage retiré, ni par rapport à cet héritage qu'en avoit cet acheteur; & conſéquemment que toutes les actions réſultantes des droits retenus par le vendeur dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, qui auroient pu être exercés par le vendeur contre cet acquéreur, peuvent l'être contre ce retrayant. Nous en traiterons en particulier dans l'article troiſieme.

429. Il ſuit encore de ce qui a été dit ci-deſſus, que lorſqu'un héritage eſt retiré par retrait lignager, il n'y a pas deux ventes, mais une ſeule qui a d'abord été faite à l'étranger ſur qui le retrait eſt exercé, & enſuite au lignager, qui par le retrait eſt ſubrogé à cet étranger, & devient acheteur à ſa place; d'où il ſuit qu'il ne donne lieu qu'à un ſeul profit. Nous parlerons de ce profit en l'article quatrieme.

430. L'effet du retrait étant d'éteindre l'acquiſition que l'acheteur étranger ſur qui le retrait eſt exercé, avoit faite de l'héritage pour la faire paſſer au retrayant, il s'enſuit que les droits réels que l'acheteur avoit avant le contrat de vente dans l'héritage, tels qu'un droit de rente fonciere, un droit de ſervitude, *&c.* dont il s'étoit fait confuſion par l'acquiſition qu'il en avoit faite, doivent revivre; car l'acquiſition que l'acheteur a faite de l'héritage, étant la cauſe qui a produit la confuſion & l'extinction deſdits droits, cette acquiſition de l'héritage étant détruite par le retrait, la confuſion & l'extinction deſdits droits qui étoient l'effet de cette cauſe, doivent pareillement être détruites, l'effet ne pouvant avoir plus d'étendue que la cauſe. C'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux que le retrayant ſera tenu de ſouffrir les ſervitudes que l'acquéreur ſur qui il exerce le retrait, avoit ſur l'héritage avant que de l'acquérir, & qu'il ſera tenu des rentes foncieres dont l'héritage étoit chargé envers cet acquéreur avant ſon contrat d'acquiſition.

Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 5, *n.* 41, apporte une exception à cette déciſion, qui eſt que ſi par le contrat de vente, les droits réels qu'avoit l'acquéreur dans l'héritage, avoient été eſtimés à une certaine ſomme, qui lui eût été paſſée par le contrat en déduction du prix total de l'héritage, ces droits, en cas de retrait, ne doivent pas revivre; mais le retrayant doit être tenu de rembourſer à l'acquéreur la ſomme à laquelle par le contrat les droits de l'acquéreur ont été eſtimés, & qu'on lui a paſſés en déduction ſur le prix de l'héritage. La raiſon eſt que cette eſtimation renferme une vente que cet acquéreur a faite des droits qu'il avoit dans l'héritage au vendeur, pour le prix de cette ſomme qu'il a reçue en compenſation du prix qu'il devoit: que le retrait qui fait paſſer l'achat de l'héritage de la perſonne de l'acquéreur en celle du retrayant, ne détruit pas cette vente que l'acheteur a faite des droits qu'il avoit dans cet héritage; d'où il ſuit que le retrait ne doit pas faire revivre ces droits, mais que celui ſur qui le retrait eſt exercé, doit ſeulement être rembourſé de cette ſomme qui lui étoit due pour le prix deſdits droits,

& qui étant venue juſqu'à due concurrence en compenſation & paiement du prix de l'héritage, doit lui être rembourſée par le retrayant avec le ſurplus du prix dudit héritage.

Les Annotateurs de Dupleſſis, *Edit. de* 1699, *p.* 283, rejettent cette limitation apportée par Dumoulin; on peut dire contre cette limitation, que l'acquéreur ſur qui on exerce le retrait, ayant vendu les droits qu'il avoit ſur l'héritage, par le même contrat par lequel il acquéroit l'héritage, ne les a vraiſemblablement vendus que parce qu'il acquéroit l'héritage, & qu'il ne ſeroit pas indemne, ſi on l'obligeoit à recevoir la ſomme à laquelle a été portée l'eſtimation de ces droits, à la place deſdits droits qu'il n'eût pas voulu vendre, s'il n'eût compté avoir l'héritage.

Ajoutez qu'on pourroit, en fraude des retrayans, porter l'eſtimation de ces droits à une ſomme exceſſive: il n'y a perſonne de trompé en rétabliſſant les droits que l'acquéreur avoit dans l'héritage avant le contrat.

ARTICLE II.

De l'extinction des hypotheques & autres charges réelles, impoſées par l'acheteur ſur l'héritage qui lui eſt retiré.

431. Nous avons déja obſervé en paſſant, en l'article précédent, qu'un des effets du retrait lignager étoit d'éteindre les droits d'hypotheques, & tous les autres droits réels que l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, auroit accordés à des tiers ſur cet héritage.

Les raiſons ſont, 1°. ſuivant cette regle du Droit & du bon ſens, *Nemo poteſt plus juris in alium transferre quàm ipſe haberet;* L. 54, ff. *de R. J.* Cet acheteur étranger ſur qui l'héritage eſt retiré, & qui a impoſé ces hypotheques & autres charges ſur cet héritage, n'a pu donner à ceux au profit de qui il les a impoſées, un droit plus fort dans cet héritage que celui qu'il avoit lui-même: d'où il ſuit que le droit de propriété de cet héritage qu'avoit cet acheteur étant un droit qui étoit ſujet à ſe réſoudre par le retrait lignager, en cas qu'on l'exerçât ſur lui, tous les droits d'hypotheques & autres droits réels qu'il a accordés à des tiers ſur cet héritage, doivent pareillement être ſujets à ſe réſoudre par le retrait. 2°. Le droit de l'acquéreur qui a impoſé ces charges venant à ſe réſoudre ſans ſon fait, elles doivent pareillement ſe réſoudre, ſuivant la maxime, *Soluto jure dantis ſolvitur jus accipientis*, qui n'eſt que la ſuite de la regle rapportée ci-deſſus. 3°. Le retrayant n'acquérant pas de celui ſur qui il exerce le retrait, ne l'ayant pas pour ſon auteur, ne peut être tenu des charges qu'il a impoſées.

432. Obſervez qu'il n'y a que les hypotheques impoſées ſur l'héritage par l'acquéreur, qui ſoient éteintes par le retrait. Mais ſi un créancier de l'acquéreur qui a prêté de l'argent à l'acquéreur pour payer le prix dû au vendeur, étoit ſubrogé à l'hypotheque du vendeur, le retrait ne lui feroit pas perdre cette hypotheque, qui n'ayant pas été impoſée par l'acheteur, mais retenue par le vendeur dans l'aliénation de l'héritage, ſubſiſte nonobſtant le retrait; Arrêt cité dans les notes marginales ſur le Chapitre quatrieme de Dupleſſis.

433. Suivant ces principes, quand même les créanciers de l'acheteur auroient ſaiſi réellement, avant la demande en retrait, l'héritage ſujet au retrait, cette ſaiſie réelle n'empêcheroit pas les lignagers d'exercer le retrait contre l'acquéreur; & le retrayant, en faiſant déclarer commun avec le ſaiſiſſant & les oppoſans, le jugement d'adjudication de retrait qu'il auroit obtenu contre l'acquéreur ſaiſi, il devroit avoir main-levée de la ſaiſie-réelle. Mais quoique par le retrait les hypotheques des créanciers de l'acheteur s'éteignent, néanmoins de même que le droit de l'acheteur ne s'éteint qu'à la charge du rembourſement du prix & des autres choſes que la loi ordonne de rembourſer, & que l'acheteur, lorſque l'héritage eſt en ſes mains, n'eſt tenu de le délaiſſer au retrayant, qu'autant que le retrayant aura ſatisfait à cet égard à ce que la Coutume exige; de même lorſqu'au temps de l'adjudication du retrait l'héritage ſe trouve ſaiſi par les créanciers & ſous la main de Juſtice, les hypotheques du créancier ſaiſiſſant & des créanciers oppoſans, ne s'éteignent qu'à la charge par le retrayant de leur rembourſer le prix & toutes les autres choſes que la loi ordonne de rembourſer à l'acheteur. Ce n'eſt qu'à cette charge qu'ils ſont obligés de donner main-levée de leur ſaiſie, & de délaiſſer au retrayant l'héritage qu'ils tiennent ſous la main de Juſtice.

434. Ce prix & tout ce qui doit être rembourſé par le retrayant, doit être diſtribué entre ces créanciers, ſuivant l'ordre de leurs privileges & hypotheques; car ces créanciers étant cenſés tenir ſous la main de la Juſtice, chacun ſelon l'ordre de leurs privileges & hypotheques, l'héritage ſaiſi, ils doivent recevoir dans le même ordre ce qui eſt payé par le retrayant pour les obliger à le lui délaiſſer. Il en doit être du cas auquel on exerce le retrait d'un héritage pendant qu'il eſt ſaiſi réellement, comme de celui auquel une rente conſtituée eſt rachetée par le débiteur pendant qu'elle eſt ſaiſie réellement: de même qu'en ce cas le prix du rachat ſe diſtribue par ordre d'hypotheque entre les créanciers ſaiſiſſans & oppoſans, quoique par le rachat & l'extinction de la rente les hypotheques de ces créanciers s'éteignent; de même dans le cas du retrait, les deniers qui doivent être rembourſés par le retrayant, doivent ſe diſtribuer par ordre d'hypotheques entre les créanciers ſaiſiſſans & oppoſans, quoique par le retrait les hypotheques qu'ils avoient ſur l'héritage retiré s'éteignent.

435. Suppoſons maintenant que l'héritage qui a été retiré par le retrait lignager, n'a pas été ſaiſi par les créanciers de l'acheteur, c'eſt à cet acheteur que le rembourſement a été fait. Il n'eſt pas douteux que ceux qui ont perdu par le retrait les droits réels que l'acheteur leur avoit accordés, & qui les avoit acquis de lui à titre onéreux, ont contre lui, ou une action de garantie *in id quod intereſt*, s'il ne leur avoit pas fait connoître que l'héritage étoit ſujet à retrait; ou du moins, s'il le leur avoit fait connoître, une action en répétition du prix qu'ils lui ont payé pour les acquérir,

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel il leur auroit accordé ces droits à titre de donation, qui eſt un titre qui ne donne pas lieu à la garantie. Par exemple, ſuppoſons que l'acquéreur d'un héritage ſujet à retrait, m'ait fait donation d'un droit de pâturage ſur cet héritage; l'héritage ayant été depuis retiré ſur lui par le retrait lignager, je demande part dans le prix rembourſé

par le lignager, à proportion de mon droit de pâturage; je me fonde ſur ce que l'acquéreur, en m'accordant ce droit, a diminué ſon droit de propriété & de domaine de ſon héritage: ſon droit n'eſt plus un *dominium integrum* de l'héritage; il m'a transféré une partie de ce qui compoſoit ſon domaine en me donnant ce droit de pâturage; le prix entier de cet héritage qui lui a été rembourſé par le retrayant, ne doit donc pas lui appartenir en entier, j'en dois avoir une partie à proportion du droit de pâturage que j'ai dans cet héritage, & il faut pour cet effet faire une ventilation.

D'un autre côté, on peut dire pour l'acheteur, qu'en accordant ce droit, il n'a entendu me le donner que dans le cas & ſous la condition que l'héritage lui demeureroit, & ne ſeroit pas retiré par les lignagers, & qu'il n'a pas entendu s'obliger à me faire part de ce qu'il auroit à recevoir du retrayant en cas de retrait. Cette ſeconde opinion me paroît être la plus plauſible.

ARTICLE III.

Si le retrayant eſt tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits par le vendeur ou par l'acheteur.

436. Le retrayant étant par le retrait, ſubrogé au marché fait avec l'acheteur étranger, il eſt cenſé avoir acquis l'héritage aux mêmes clauſes & conditions que cet acheteur. C'eſt pourquoi ſi par le contrat de vente l'acheteur n'a pas été chargé de l'entretien des baux à ferme ou à loyer faits par le vendeur à des tiers, le retrayant n'en ſera pas chargé; au contraire ſi l'acheteur en a été chargé par le contrat de vente, le retrayant en ſera pareillement chargé.

437. Si c'étoit l'acheteur qui, au temps du contrat de vente, étoit le fermier ou locataire de l'héritage, le retrayant ſeroit-il obligé d'entretenir le bail à ferme ou à loyer qui lui auroit été fait avant le contrat de vente, pour le temps qui en reſte à expirer? La raiſon de douter eſt, que ce bail à ferme ou à loyer a été détruit par l'acquiſition que ce fermier ou locataire a faite de l'héritage, *cùm rei ſuæ conditio eſſe non poſſit:* D'où il ſuit qu'on ne peut pas dire que l'entretien de ce bail ſoit une des clauſes ou conditions du marché auquel le retrayant eſt ſubrogé. Néanmoins je penſe que ſi le bail a été fait ſans fraude, & avant que les parties euſſent eu deſſein de faire le contrat de vente qui eſt intervenu entr'elles, le retrayant doit entretenir ce bail. La raiſon eſt, que l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, doit être indemniſé par le retrayant de tout ce qu'il lui en a coûté pour acheter l'héritage dont on exerce le retrait, *generaliter quantum abeſt.* Or cette acquiſition lui coûte la perte des droits du bail à ferme ou à loyer qui lui avoit été fait de cet héritage avant qu'il l'eût acquis; il doit donc être indemniſé par le retrayant de cette perte; & comme le retrayant doit indemniſer l'acquéreur de la maniere la plus parfaite qu'il lui eſt poſſible de le faire, & qu'il n'y a pas de maniere plus parfaite de l'indemniſer de cette perte, qu'en faiſant revivre ce bail pour le temps qui en reſteroit, ſi l'acquéreur n'eût pas fait l'acquiſition, le retrayant doit être obligé envers l'acheteur ſur qui il exerce le retrait, à le faire revivre pour ledit temps.

Si

Si le bail à ferme ou à loyer avoit été fait à l'acheteur peu avant le contrat d'acquiſition, le bail ſeroit préſumé fait en fraude du retrait & dans la vue d'en rendre la condition plus onéreuſe : c'eſt pourquoi le retrayant ne ſeroit pas obligé de l'entretenir. Les Coutumes du Maine, *art.* 433, & de Bourbonnois, *art.* 477, en ont une diſpoſition qui étant fondée ſur une raiſon évidente d'équité, doit être obſervée par-tout. Celle de Bourbonnois ajoute : « autre » choſe ſeroit, ſi par après la moitié du temps de la ferme, le fermier ache- » toit la terre à lui accenſée, de maniere qu'il n'y eût préſomption de fraude ; » car en ce cas le lignager ſera tenu entretenir ledit fermier en ſa ferme. » Ce qui confirme notre déciſion précédente. Je penſerois que dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées, il ſuffiroit que le bail eût précédé d'une année l'acquiſition, pour qu'il ne fût pas ſuſpect de fraude, à moins qu'il n'y eût d'autres circonſtances qui la fiſſent préſumer.

438. A l'égard des baux faits par l'acheteur, il y en a qui penſent que l'acheteur ne pouvant rien innover pendant l'an du retrait, il ne peut faire de baux au préjudice du retrait, & que le retrayant n'eſt pas obligé de les entretenir. C'eſt l'avis de Dupleſſis, *Traité des Retraits, chapitre quatrieme ;* de Brodeau, ſur l'*art.* 146 de Paris, *n.* 4. J'accorde qu'il n'en peut faire par anticipation ; mais lorſque la fin du temps de ceux qui ſubſiſtent eſt imminente, & que l'acquéreur ne peut ſe paſſer de faire de nouveaux baux, s'il les a faits de bonne foi, ſans deniers d'entrée, & pour le temps pour lequel on a coutume de faire les baux, il me paroît que le retrayant, pour l'indemnité de l'acheteur, doit les entretenir. C'eſt l'avis de Balde, cité par Tiraqueau dans l'eſpece du retrait conventionnel. Il dit pour raiſon que le vendeur en différant d'exercer ſon droit de réméré, permet à l'acheteur de jouir en attendant ; & que la permiſſion de jouir renferme celle d'affermer : un acquéreur ne devant pas être contraint à jouir par ſes mains ; ce qui ſouvent ne lui ſeroit pas poſſible.

ARTICLE IV.

Des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage que le vendeur peut exercer contre le retrayant.

439. Nous avons déja obſervé ci-deſſus (*article premier, n.* 428,) que le retrayant prenant le marché de l'acheteur ſur qui il exerçoit le retrait, ne pouvoit pas acquérir plus de droit dans l'héritage qu'en avoit acquis cet acheteur, & qu'il étoit en conſéquence ſujet auſſi bien que lui à toutes les actions que le vendeur auroit pu exercer contre l'acheteur ; mais on peut douter s'il en eſt toujours tenu de la même maniere, ſur-tout quant à l'objet de la reſtitution des fruits.

Par exemple, lorſque l'acquéreur ſur qui le retrait a été exercé, avoit acheté l'héritage d'un mineur, il n'eſt pas douteux que le retrayant doit être ſujet à l'action reſciſoire qu'a le vendeur pour rentrer dans l'héritage qu'il a vendu en minorité ; mais ſera-t-il ſujet à la reſtitution des fruits ſous la déduction des intérêts du prix dont le mineur a profité, comme l'acheteur, ſuivant la Loi 24, §. 4, ff. *de minor.*, y eut été ſujet ? La raiſon de douter eſt, qu'encore bien

que le retrayant ſoit ſubrogé acheteur à la place de celui ſur qui il a exercé le retrait, néanmoins il y a une différence entr'eux: celui qui a acheté du mineur ne peut ſe prétendre poſſeſſeur de bonne foi; il a acheté d'un mineur qu'il ſçavoit n'avoir pas droit de vendre: il eſt en faute d'avoir acheté de lui; il ne peut donc pas retenir les fruits que les loix n'accordent qu'aux juſtes poſſeſſeurs. Au contraire le retrayant eſt un juſte poſſeſſeur; car ſon parent mineur ayant vendu ſon héritage propre, ce retrayant, dans l'incertitude ſi le vendeur reviendroit ou non contre cette vente, a eu un juſte ſujet d'en exercer le retrait, pour conſerver l'héritage à la famille; il doit donc retenir les fruits qu'il a perçus. Nonobſtant cette raiſon, il faut décider qu'il n'a pas plus de droit de les retenir, que celui ſur qui il a exercé ſon retrait. La raiſon eſt, que s'étant par le retrait rendu acheteur à la place de celui ſur qui il l'a exercé, il s'eſt chargé en ſa place de toutes les obligations auxquelles il n'a pu ignorer que cet acheteur étoit ſujet à cauſe de ſon acquiſition. Or le retrayant ſçachant que l'acquéreur, ſur qui il exerçoit le retrait, avoit acheté d'un mineur, n'a pu ignorer l'obligation contractée par cet acheteur de rendre l'héritage avec les fruits, lorſqu'il plairoit au mineur d'y rentrer, & par conſéquent il eſt chargé en ſa place de cette obligation.

440. Cette raiſon ceſſe dans le cas auquel l'acquiſition de celui ſur qui le retrait auroit été exercé, auroit un vice que le retrayant a ignoré. Suppoſons, par exemple, que cet acquéreur a acheté d'un majeur, mais qu'il a employé le dol ou la violence: on ne peut pas dire en ce cas que le retrayant, qui ignoroit ce dol ou cette violence, ait entendu, en exerçant le retrait, ſe charger de l'obligation en laquelle étoit l'acheteur, de reſtituer au vendeur l'héritage avec les fruits, puiſque le retrayant ignoroit cette obligation. Le retrayant ne peut, à la vérité, ſe diſpenſer de rendre l'héritage au vendeur qui ne l'a pas valablement aliéné; le retrait n'ayant pas pu donner au retrayant dans cet héritage un droit de propriété que l'acheteur n'avoit pas; mais il ſemble qu'il ne doive pas être tenu de reſtituer les fruits qu'il en a perçus de bonne foi, ne s'étant pas, comme dans l'eſpece précédente, chargé de cette obligation de l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait. Néanmoins il faut décider qu'il eſt tenu de la reſtitution de ces fruits, non pas, à la vérité, directement comme dans l'eſpece de l'action reſciſoire pour cauſe de minorité; mais indirectement en ce qu'il eſt obligé de compter deſdits fruits ſous la déduction des intérêts du prix qu'a reçu le vendeur, & d'en ſouffrir la déduction pour l'excédant, ſur la ſomme que lui rendra le vendeur pour le prix de l'heritage qu'il a reçu de l'acheteur. La raiſon eſt évidente: lorſque le vendeur a fait reſcinder la vente qu'il avoit faite de ſon héritage, il n'eſt débiteur, *condictione ſine causâ*, du prix qu'il a reçu pour cette vente, qu'envers l'acheteur de qui il l'a reçu: le rembourſement n'en eſt pas dû au retrayant de ſon chef, mais ſeulement en tant qu'il eſt aux droits de l'acheteur à qui il a rembourſé ce prix. Le retrayant ne peut donc pas avoir plus de droit au rembourſement de ce prix qu'en auroit l'acheteur, ſuivant la regle de Droit, *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet;* or le vendeur ne doit à l'acheteur le rembourſement de ce prix que ſous la déduction des fruits de l'héritage; le retrayant qui ne fait qu'exercer à cet égard les droits de l'acheteur, ne peut donc le prétendre que ſous cette déduction.

441. Obſervez en paſſant, que quoiqu'à la rigueur dans les actions reſciſoires, les fruits ſoient ordinairement dûs au demandeur ſous la déduction des fruits qu'il a touchés, néanmoins très-ſouvent les Juges ordonnent la compenſation de ces fruits avec les intérêts, pour éviter les diſcuſſions auxquelles la liquidation de ces fruits donneroit lieu, ce qu'on doit ſur-tout obſerver lorſqu'il paroît qu'il ne doit pas y avoir une grande différence entre ces fruits & les intérêts.

ARTICLE V.

Des profits dus par la vente ſur laquelle on a exercé le retrait.

442. Nous avons vu ci-deſſus que le retrait ne renfermoit pas une ſeconde vente, & qu'il ſubrogeoit ſeulement le lignager retrayant à la place de l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, en le rendant acheteur en ſa place. Or, ſi en cas de retrait, il n'y a qu'une vente qui d'abord eſt faite à l'acheteur étranger, & qui enſuite ſe trouve être faite au lignager que le retrait met à la place de l'acheteur étranger, c'eſt une conſéquence qu'il n'eſt dû qu'un ſeul profit; & c'eſt le contrat de vente qui le produit auſſi-tôt que ce contrat eſt parfait, & c'eſt l'acheteur étranger qui en eſt le débiteur. Mais comme ce n'eſt qu'en ſa qualité d'acheteur qu'il eſt débiteur de ce profit, dès que par le retrait cette qualité d'acheteur ceſſe en ſa perſonne, & paſſe en celle du retrayant, cet acheteur étranger ceſſe d'être débiteur de ce profit, & le retrayant en devient le débiteur en ſa place.

443. De-là il ſuit, 1°. que le Seigneur peut bien avant le retrait, demander le profit à l'acheteur étranger; mais auſſi-tôt que le retrait a été adjugé, il ne peut plus le demander à cet acheteur étranger, qui en ceſſant d'être acheteur, a ceſſé d'en être le débiteur; il ne peut plus le demander qu'au retrayant, qui en devenant l'acheteur, eſt devenu auſſi le débiteur du profit.

444. Il n'en eſt pas de même de l'amende pour ventes recélées; amende que l'acheteur a encourue, faute d'avoir notifié au Seigneur de cenſive ſon acquiſition dans le temps preſcrit par les Coutumes. Quoique le retrait ſoit exercé ſur lui, il ne ceſſe pas d'être débiteur de cette amende; car le retrait détruit bien en ſa perſonne l'achat qu'il a fait de l'héritage, pour lequel achat il devoit le profit; mais il ne détruit pas ſon recel & la faute qu'il a commiſe envers le Seigneur: il n'en a pas même la répétition contre le retrayant qui ne doit pas ſouffrir du délit ou quaſi-délit de l'acheteur. Ainſi le décide Tiraqueau, §. 29, *gl.* 2, §. 9.

445. De ce que l'acquéreur ſur qui le retrait s'exerce, ceſſe par le retrait d'être débiteur du profit, il ſuit, 2°. que ſi le Seigneur avant le retrait a donné contre l'acheteur une demande en paiement du profit, & fait des pourſuites ſur cette demande, & que pendant le cours de ces pourſuites l'héritage ait été retiré, cet acheteur en dénonçant au Seigneur l'adjudication du retrait, doit être renvoyé de ces pourſuites, ſauf au Seigneur à ſe pourvoir contre le retrayant; mais l'acheteur doit être condamné envers le Seigneur, aux dépens faits avant la dénonciation de l'adjudication du retrait; car la demande du Seigneur ayant été donnée contre cet acheteur, dans un temps auquel cet

acheteur étoit le débiteur du profit, elle a été bien donnée; les pourſuites faites ſur cette demande ont été bien faites; l'acheteur en doit donc les dépens; ſauf que s'il les a dénoncées au retrayant, il doit être acquitté par le retrayant des dépens faits depuis la dénonciation.

446. De-là il ſuit, 3°. que ſi le Seigneur, avant le retrait, a reçu de l'acheteur le profit, cet acheteur ne peut le répéter du Seigneur; car le profit que le Seigneur a reçu lui étoit véritablement dû, mais il peut s'en faire rembourſer par le retrayant.

447. De-là naît une queſtion : lorſqu'un lignager, qui, par le privilege de ſon office ou de ſa dignité, eſt exempt des profits pour les acquiſitions qu'il fait dans les mouvances du Roi, exerce le retrait ſur un acquéreur qui n'a pas un ſemblable privilege, & qui avoit déja payé le profit de ſon acquiſition au fermier du Domaine, le retrayant qui a été obligé de le rembourſer à l'acheteur, peut-il le répéter contre le fermier ? On peut dire pour le fermier, que ſi le profit n'avoit pas été payé, le fermier ne pourroit à la vérité s'en faire payer, ni par l'acheteur, qui par le retrait a ceſſé d'être acheteur, ni par le retrayant, qui, par ſon privilege, en eſt exempt; mais que le profit ayant été payé, le fermier qui l'a reçu dans un temps auquel ce profit lui étoit effectivement dû, ne peut être ſujet à aucune répétition. Néanmoins il faut décider que le fermier doit en ce cas rendre le profit au retrayant privilégié. La raiſon eſt, que ce lignager privilégié devenant, par le retrait, acquéreur d'un héritage dans les mouvances du Roi, doit jouir du privilege qu'il a d'être exempt de psofit pour toutes ſes acquiſitions dans leſdites mouvances; qu'en ce cas, ayant été obligé de rembourſer à celui ſur qui il a exercé le retrait, le profit qu'il a payé, il ne jouiroit pas de ſon privilege, s'il n'avoit pas la répétition contre le fermier : la vente pour laquelle ce fermier a reçu le profit, doit bien plutôt être conſidérée faite au retrayant privilégié, qu'à l'acheteur qui, par le retrait exercé ſur lui, ſe trouve n'avoir été qu'un acheteur momentané. Ainſi cette vente eſt une vente exempte de profit; conſéquemment celui que le fermier a reçu pour cette vente, doit être rendu. Il eſt vrai que l'acheteur ſur qui le retrait a été exercé, a été avant le retrait débiteur du profit, & qu'il l'étoit lors du paiement qu'il en a fait; mais la cauſe pour laquelle il étoit débiteur de ce profit, qui étoit ſa qualité d'acheteur, étant une cauſe qui n'a pas duré, & qui a été détruite par le retrait, il doit y avoir lieu à la répétition du profit par l'action qu'on nomme en Droit *condictio ſine cauſâ*, qui a lieu non-ſeulement au cas auquel *ſine cauſâ datum aut ſolutum eſt*, mais auſſi au cas auquel *cauſa propter quam datum eſt, finita eſt*; L. 1, §. 1, ff. *de Cond. ſine cauſâ.* Voyez ſur ces queſtions *ſuprà*, *chap. 9*, *art.* 3.

448. 4°. Il ſuit de nos principes, que lorſque c'eſt le Seigneur de qui l'héritage releve, qui eſt l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce, la vente qui n'auroit pas donné ouverture à aucun profit, ſi le Seigneur fût demeuré acheteur, y donne ouverture; & le retrayant qui, par le retrait, devient acheteur, doit le payer au Seigneur ſur qui il exerce le retrait. Tiraqueau, §. 29, *gl.* 2, *n.* 9 & 10, eſt de cet avis.

449. 5°. Il ſuit de nos principes, que quoique par le retrait le retrayant devienne le débiteur du profit à la place de l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé,

néanmoins c'eſt à celui qui étoit le fermier des droits ſeigneuriaux au temps du contrat de vente, que le profit eſt dû, & non à celui qui eſt fermier au temps du retrait; car le profit dont le retrayant devient le débiteur, eſt le profit que le contrat de vente a fait naître. Le retrait ne fait naître aucun profit, il ne fait que changer la perſonne du débiteur de celui que le contrat de vente a fait naître, en rendant le retrayant débiteur de ce profit, à la place de l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé, qui en avoit d'abord été le débiteur.

ARTICLE VI.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager, ſoit par rapport à la communauté conjugale du retrayant, ſoit par rapport à ſa ſucceſſion, ou de celle de ſes héritiers.

§. I.

De la qualité que l'héritage a par rapport à la communauté conjugale.

450. Le droit de retrait lignager étant le droit qu'a un lignager de ſe rendre acheteur des héritages vendus par ſon parent à un étranger, à la place de cet acheteur étranger, c'eſt une conſéquence que l'héritage qu'un lignager a retiré par retrait lignager, eſt un héritage qu'il a acquis à titre d'achat, & par conſéquent un acquêt.

451. De-là il ſembleroit ſuivre que ſi l'un des deux conjoints par mariage, étant en communauté de biens, a exercé pendant cette communauté un retrait lignager, l'héritage retiré devroit tomber dans cette communauté, puiſque cet héritage eſt un acquêt que le retrayant a fait durant la communauté, dans laquelle entrent tous les acquêts faits par l'un ou l'autre des conjoints pendant qu'elle dure. Néanmoins il faut décider que l'héritage retiré par retrait lignager durant la communauté, ne tombe pas dans la communauté, mais qu'il eſt propre de communauté à celui des conjoints qui l'a retiré. La raiſon eſt, que le principe qui fait entrer dans la communauté les acquêts faits par l'un ou l'autre des conjoints pendant qu'elle dure, ſouffre exception à l'égard de ceux qui ſe font en vertu d'un titre ou d'un droit qui n'eſt pas ceſſible, ni par la même raiſon communicable: or tel eſt le droit de retrait lignager. Nous avons vu que c'eſt un droit qui eſt perſonnel aux lignagers, qui n'eſt pas ceſſible, & que les lignagers ne peuvent exercer que pour leur propre compte, & non pour celui d'aucun étranger. Le lignager qui l'exerce durant la communauté, ne peut donc l'exercer que pour ſon compte perſonnel, & non pour le compte de ſa communauté; l'héritage retiré par retrait lignager, quoique durant la communauté, ne peut donc pas tomber dans la communauté, mais il eſt propre à celui des conjoints qui a exercé le retrait. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 382, en a une diſpoſition. Elle dit: « Si le mari, à cauſe de ſa femme, » retrait quelque héritage, il eſt fait PROPRE d'icelle femme. » Par la même raiſon, ſi le mari retire de ſon chef quelque héritage, il eſt fait propre du mari.

452. Obſervez que chacun des conjoints étant débiteur envers la communauté des ſommes qui en ont été tirées pour ſes affaires particulieres, celui des conjoints qui a exercé le retrait lignager durant la communauté, eſt débiteur envers la communauté, de la ſomme qu'il en a tirée, & doit en faire raiſon à l'autre conjoint pour la part qu'il y a.

C'eſt pourquoi notre Coutume d'Orléans, en l'*art.* 382, ci-deſſus cité, décide que lorſqu'il a été fait pour la femme un retrait lignager durant la communauté, elle ou ſes héritiers ont bien le droit de retenir l'héritage retiré par retrait lignager, cet héritage lui étant propre, & n'étant pas tombé dans la communauté; mais ce n'eſt qu'à la charge de rembourſer le mari ou ſes héritiers, de la moitié du ſort principal qui aura été payé pour ledit héritage, & & des loyaux-coûts & miſes.

La Coutume accorde au conjoint pour s'acquitter de cette dette, le terme d'un an *depuis le trépas d'un des conjoints*, ou depuis la diſſolution de la communauté, ſi elle a continué après ledit trépas.

453. Suivant un principe de la matiere de la communauté conjugale (Introd. au tit. de la communauté de la Coutume d'Orléans, *n.* 119,) le conjoint ne devant récompenſe à la communauté des ſommes qu'il en a tirées pour ſes affaires particulieres, que juſqu'à concurrence du profit que lui ont produit les affaires pour leſquelles elles ont été tirées, il ſuit de-là que lorſqu'un conjoint a tiré des ſommes de la communauté pour exercer le retrait d'un héritage vendu par ſon parent, le retrait ne lui ayant procuré autre choſe que l'héritage par lui retiré, il ne doit pas être tenu de la récompenſe au-delà. C'eſt pourquoi pour ſe décharger envers la communauté de la récompenſe des ſommes qu'il en a tirées pour le retrait de l'héritage, il peut abandonner l'héritage à la communauté : c'eſt ce qu'il eſt cenſé avoir fait, lorſqu'il a laiſſé paſſer l'année ſans s'acquitter de cette récompenſe. Ainſi en ce cas cet héritage retiré par retrait lignager, eſt compris au partage des biens de la communauté, comme étant cenſé abandonné à la communauté par le conjoint lignager, pour ſe décharger envers elle de la récompenſe qu'il lui devoit.

Il n'en ſeroit pas de même ſi le conjoint avoit exercé le retrait lignager avant le mariage, & qu'il eût payé le prix, des deniers de la communauté, durant le mariage : (*ſinge* pour cela, que lors du retrait le vendeur avoit bien voulu accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acquéreur ſur qui le retrait avoit été exercé.) Dans ce cas le conjoint, lors de la diſſolution de la communauté, eſt tenu préciſément à faire raiſon à la communauté de la ſomme qu'il en a tirée pour payer le prix de cet héritage, & il ne ſeroit pas admis à vouloir laiſſer l'héritage à la communauté pour s'en décharger ; car dans cette eſpece, il n'a pas tiré cette ſomme de la communauté pour exercer un retrait, mais pour payer une dette dont il étoit tenu dès avant ſon mariage ; & il profite de la ſomme entiere, puiſqu'il eſt libéré d'autant.

§. II.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager dans la ſucceſſion du retrayant.

454. La cauſe principale de l'acquiſition qu'a faite le lignager de l'héritage qu'il a retiré par droit de retrait lignager, étant la vente qui a été faite de cet héritage par ſon parent à un étranger, au marché duquel il a été ſubrogé, & ce lignager tenant par conſéquent cet héritage à titre d'achat, on ne peut diſconvenir que cet héritage ne ſoit un acquêt : c'eſt pourquoi il ſembleroit que lorſque le retrayant meurt, laiſſant différens héritiers, les uns à ſes meubles & acquêts, les autres aux propres, la ſucceſſion de cet héritage devroit appartenir à l'héritier aux acquêts.

Mais comme la vue que ſe ſont propoſées les Coutumes, en établiſſant le droit de retrait lignager, qui eſt de conſerver les héritages dans les familles, ſe trouveroit fruſtrée, ſi l'héritage retiré par droit de retrait lignager paſſoit dans la ſucceſſion du retrayant à des héritiers aux meubles & acquêts de ce retrayant étrangers à la famille d'où procede l'héritage retiré par retrait lignager ; & que d'ailleurs cet héritage, quoique principalement acquêt, tient pourtant en quelque choſe de la nature & qualité d'héritage propre de la famille d'où il procede, puiſque le droit de retrait lignager, qui eſt un droit *ſanguinis & familiæ*, a été, ſinon la cauſe principale, au moins la cauſe *concurrente*, qui a rendu le lignager propriétaire de cet héritage, en lui faiſant donner la préférence ſur l'acheteur étranger, les Coutumes de Paris, *art.* 139, & d'Orléans, *art.* 183, ont jugé à propos de déférer la ſucceſſion de cet héritage aux héritiers aux propres de la famille d'où il procede, à l'excluſion des héritiers aux meubles & acquêts : elles ne l'accordent néanmoins que ſous certaines conditions & avec certains tempéramens, pour dédommager l'héritier aux acquêts du droit qu'il pourroit prétendre à cette ſucceſſion.

455. Les Coutumes de Paris & d'Orléans s'expliquent différemment ſur ces conditions. Celle de Paris, *art.* 139, dit que l'héritage doit appartenir à l'héritier des propres, en rendant dans l'an & jour du décès aux héritiers des acquêts, le prix dudit héritage. Celle d'Orléans ajoute *avec les loyaux-coûts & miſes.*

456. Ce droit que les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent aux héritiers aux propres, a paru à quelques Auteurs une eſpece de droit de retrait lignager, & que de même que le retrait ordinaire ſubroge le lignager à l'acheteur étranger, pour le rendre acheteur en ſa place, de même celui-ci ſubroge l'héritier de la ligne aux héritiers aux acquêts pour ſuccéder en ſa place. Mais cette idée n'eſt pas juſte ; car l'héritier aux propres qui ſatisfait à ce qui eſt preſcrit par les Coutumes, eſt ſaiſi par le défunt de ſa ſucceſſion, ſuivant la regle *le mort ſaiſit le vif :* il ſuccede directement au défunt. On ne peut donc pas dire qu'il retire cette ſucceſſion ſur l'héritier aux acquêts à qui elle n'a jamais appartenu.

457. Juſqu'à ce que l'héritier aux propres ſatisfaſſe au rembourſement or-

donné par la Coutume, la ſucceſſion de cet héritage eſt en ſuſpens. Comme l'héritage eſt principalement acquêt, & qu'il n'eſt réputé propre & comme tel déféré à l'héritier aux propres que ſous la condition de rendre par l'héritier aux propres à l'héritier aux acquêts, ce qu'il a coûté au défunt pour l'acquérir, & en effaçant en quelque façon par cette reſtitution la qualité d'acquêts ; tant que l'héritier aux propres ne ſe met pas en devoir de ſatisfaire à cette condition, l'héritage doit paſſer pour acquêt, l'héritier aux acquêts peut s'en mettre en poſſeſſion ; & ſi l'héritier aux propres ne ſatisfait pas à la Coutume dans l'an, l'héritier aux acquêts en demeure héritier définitivement & irrévocablement.

Au contraire, ſi l'héritier aux propres ſatisfait dans le temps en rembourſant l'héritier aux acquêts ou conſignant ſur ſon refus, l'héritier aux propres peut de lui-même ſe mettre en poſſeſſion de l'héritage, ſi l'héritier aux acquêts ne s'y étoit pas encore mis ; mais ſi l'héritier aux acquêts ſe trouvoit en poſſeſſion, l'héritier aux propres doit l'aſſigner pour délaiſſer l'héritage & les fruits qu'il en a perçus : cette pétition eſt celle *de pétition d'hérédité.*

458. Il peut y avoir quelques difficultés à l'égard des fruits perçus par l'héritier aux acquêts, avant que l'héritier aux propres ſe ſoit préſenté. Les Annotateurs de Dupleſſis diſent, qu'il eſt certain qu'ils appartiennent à l'héritier aux acquêts, *& que la déclaration de l'héritier aux propres n'a point d'effet rétroactif au jour du décès.* Je crois au contraire qu'il eſt certain qu'elle a un effet rétroactif au jour du décès ; car tous conviennent que c'eſt à titre de ſucceſſion que les Coutumes de Paris & d'Orléans déferent cet héritage à l'héritier aux propres du retrayant. Or, ſuivant le principe de notre Droit François, *le mort ſaiſit le vif*, on ne peut ſuppoſer l'héritier aux propres ſuccéder à cet héritage, qu'on ne ſuppoſe qu'il a été ſaiſi par le défunt, & qu'il a ſuccédé à cet héritage dès l'inſtant de la mort du défunt. Il faut donc néceſſairement que la déclaration qu'il a faite qu'il a entendu ſuccéder, ait un effet rétroactif au temps du décès. L'héritier aux acquêts eſt cenſé au contraire n'y avoir jamais ſuccédé, & n'avoir eu aucun titre pour le poſſéder ; & non-ſeulement il a poſſédé cet héritage ſans titre, mais il n'a pu ignorer celui de l'héritier aux propres dans le cas auquel il ſatisferoit à la Coutume, & par conſéquent il ne peut lui refuſer les fruits.

Tout ce que l'héritier aux acquêts peut prétendre, c'eſt que l'héritage retiré n'étant réputé propre que ſous la déduction du prix pour lequel il a été retiré, & ſa ſucceſſion n'en étant déférée à l'héritier aux propres qu'à la charge de rembourſer ce prix, il ne peut prétendre la reſtitution des fruits que ſous la déduction des intérêts de ce prix, depuis le décès du défunt juſqu'au rembourſement, ou juſqu'à ſes offres réelles de le rembourſer. Cela paroît juſte.

459. L'héritage retiré étant dans la ſucceſſion du retrayant, conſidéré comme propre, à la charge par l'héritier aux propres de rembourſer l'héritier aux acquêts, il s'enſuit que ſi le retrayant a fait un légataire univerſel, l'héritier aux propres peut retenir les quatre quints en nature de cet héritage ; & il doit délaiſſer au légataire univerſel le quint ſeulement dudit héritage, & les quatre cinquiemes de ce qu'il en a coûté au défunt pour avoir ledit héritage, dont il retient les quatre quints ; ce légataire étant à cet égard aux droits de l'héritier aux acquêts.

460.

460. Si l'héritier aux propres avoit rembourſé en total l'héritier aux acquêts avant la demande en délivrance des legs du légataire univerſel, ce légataire univerſel ne pourroit prétendre la délivrance du quint de cet héritage, qu'en rembourſant à l'héritier aux propres la cinquieme partie de ce qu'il a payé à l'héritier aux acquêts, ſauf à ce légataire univerſel à la répéter contre cet héritier aux acquêts.

461. L'héritier aux propres ne ſuccédant à l'héritage retiré par le défunt, qu'à la charge de rembourſer l'héritier aux acquêts du prix qu'il en a coûté au défunt, il ſuit auſſi de-là, que dans la contribution des dettes de la ſucceſſion qui eſt à faire entre lui & l'héritier aux acquêts, il ne doit être tenu des dettes qu'à raiſon de ce que cet héritage ſe trouveroit valoir de plus lors de l'ouverture de la ſucceſſion, que ce qu'il a coûté au défunt.

462. Ce droit de ſuccéder au retrayant à l'héritage retiré par retrait lignager, comme à un propre, à l'excluſion de l'héritier aux acquêts, eſt accordé à l'héritier aux propres de la ligne d'où cet héritage procede, & en ſa qualité d'héritier aux propres.

Delà il ſuit, 1°. que ſi les plus proches parens du côté & de la ligne d'où l'héritage procede, ont accepté la ſucceſſion aux propres du retrayant, dans laquelle ſe trouvent d'autres propres que l'héritage retiré par le retrait lignager, & qu'ils ne veuillent pas uſer du droit que la Coutume leur accorde de ſuccéder à l'héritage retiré par le défunt, en rembourſant ce qu'il a coûté au défunt, les parens du défunt de la ligne d'où cet héritage procede, qui ſont en degré plus éloigné, ne peuvent pas ſur leur refus prétendre ſuccéder à cet héritage; car quoiqu'ils ſoient parens de la ligne d'où cet héritage procede, ils ne ſont pas les héritiers aux propres de cette ligne, puiſqu'il y a des parens de cette ligne en plus proche degré qu'eux, qui ont accepté la ſucceſſion. Or le droit de ſuccéder à cet héritage, à l'excluſion de l'héritier aux acquêts, n'eſt pas accordé indéfiniment à tous les parens de cette ligne, mais à l'héritier aux propres; c'eſt ce qui réſulte de ces termes des Coutumes: *doit appartenir à l'héritier des propres de ladite ligne.*

463. Si les plus proches parens de cette ligne n'acceptoient pas la ſucceſſion, *putà* parce que dans la ſucceſſion du retrayant il ne ſe trouvoit pas d'autres propres de cette ligne, les parens du degré ſuivant pourroient les ſommer de prendre qualité dans les quarante jours, depuis la clôture de l'inventaire; & faute par eux de vouloir l'accepter, ils pourroient être admis à cette ſucceſſion en leur place, *& ſic deinceps* de degré en degré.

464. Celui qui eſt héritier en partie aux propres de la ligne, a qualité ſuffiſante pour exclure pour le total l'héritier aux acquêts, & pour ſe mettre en poſſeſſion de l'héritage retiré par le défunt, en rembourſant l'héritier aux acquêts. Ses cohéritiers aux propres pourront, en lui faiſant raiſon pour leur part, de ce qu'il a rembourſé, partager avec lui cet héritage, ſinon cet héritage lui demeurera pour le total à titre de ſucceſſion.

465. 2°. Il ſuit de notre principe, qu'encore bien que notre Coutume d'Orléans, qui eſt fouchere en matiere de retrait, & ne l'eſt pas en matiere de ſucceſſion, n'accorde le droit de retrait lignager qu'aux parens qui ſont deſcendus du premier acquéreur qui a mis l'héritage dans la famille, & non aux

collatéraux; néanmoins l'héritier aux propres du retrayant, du côté d'où l'héritage retiré procede, peut, ſuivant la diſpoſition de cette Coutume, quoiqu'il ne ſoit pas deſcendu, mais ſeulement collatéral de celui qui l'a mis dans la famille, ſuccéder à cet héritage, à l'excluſion de l'héritier aux acquêts, en ſatisfaiſant à la Coutume; car la Coutume n'exige autre choſe pour cette ſucceſſion, ſinon qu'il ſoit l'*héritier aux propres*.

466. L'héritier aux propres du retrayant de la ligne d'où l'héritage retiré procede, a le droit d'y ſuccéder, à l'excluſion de l'héritier aux acquêts; quand même cet héritier aux acquêts, outre la parenté qui le rend héritier aux acquêts, ſe trouveroit encore être auſſi parent de cette ligne, mais dans un degré plus éloigné; car les Coutumes, par cette diſpoſition, ne ſe ſont pas ſeulement propoſé d'empêcher que l'héritage ne ſortît de la famille à la mort du retrayant: elles ont voulu qu'on ſuccédât à cet héritage comme à un propre, afin que déſormais il ne puiſſe plus être tranſmis par ſucceſſion, qu'à des héritiers de la ligne d'où il procede.

467. Il y a lieu de penſer que dans la Coutume de Paris l'héritier aux propres, pour ſuccéder à l'héritage retiré par le défunt, n'eſt obligé à autre choſe qu'à rendre à l'héritier aux acquêts le prix pour lequel l'héritage a été vendu à l'acheteur ſur qui le défunt l'a rétiré; & qu'il n'eſt pas obligé dans cette Coutume de le rembourſer des loyaux-coûts de l'acquiſition que le défunt a été obligé de rembourſer à l'acheteur, ni encore moins des frais du retrait faits par le défunt, ni enfin des impenſes faites par le défunt ſur l'héritage. C'eſt l'avis de Dupleſſis, *Traité des Retraits*, *chap. 9*. La raiſon eſt que la Coutume de Paris, *art. 139*, diſant ſimplement: *en rendant.... le prix dudit héritage*, elle ne l'aſſujettit qu'à la reſtitution du prix.

468. Au contraire, notre Coutume d'Orléans oblige expreſſément l'héritier aux propres, à rendre à l'héritier aux acquêts le prix de l'héritage, *avec les loyaux-coûts & miſes*; ce qui comprend tant les loyaux-coûts que le défunt a été obligé de rembourſer à l'acheteur ſur qui il a exercé le retrait, que les frais qu'il a été obligé de faire lui-même pour le retrait, & tant les miſes faites par celui ſur qui le retrait a été exercé, & que le défunt a été obligé de lui rembourſer, que celles faites par le défunt lui-même, & non-ſeulement les miſes néceſſaires, mais même les utiles.

469. A l'égard des dégradations faites par le défunt ſur l'héritage, il y en a de deux eſpeces: il y a des dégradations qui produiſent de l'argent; comme lorſque le défunt a vendu une futaie, il n'eſt pas douteux que la ſomme que ces dégradations ont produite au défunt, doit venir en déduction du prix qui doit être rembourſé à l'héritier aux acquêts. Par exemple, ſi le prix de l'héritage que le défunt a retiré étoit de dix mille livres, & que depuis le retrait le défunt ait vendu une haute-futaie pour la ſomme de deux mille livres, on ne doit rendre à l'héritier aux acquêts que huit mille livres; car le défunt ayant reçu une ſomme de deux mille livres pour prix de cette futaie, il eſt vrai de dire que l'héritage ne coûtoit plus au défunt que la ſomme de huit mille livres.

A l'égard des dégradations que le défunt a faites ſans en profiter, comme s'il a arraché de bonnes vignes pour agrandir ſon jardin, l'héritier aux pro-

pres ne peut prétendre qu'il lui ſoit fait pour raiſon deſdites dégradations, aucune déduction ſur le prix qu'il doit rembourſer à l'héritier aux acquêts. Le défunt a été en droit de faire ces dégradations, & de méſuſer de ſon héritage dont il avoit la pleine propriété : ſon héritier aux propres ne peut pas s'en plaindre.

Ces dégradations peuvent ſeulement dans notre Coutume d'Orléans, venir en compenſation juſqu'à due concurrence des méliorations que le défunt auroit faites ſur l'héritage, & dont l'héritier aux acquêts demanderoit le rembourſement ; car un héritage n'eſt mélioré que ſous la déduction de ce dont il eſt d'ailleurs dégradé.

470. Les Coutumes de Paris & d'Orléans veulent que l'héritier aux propres, pour ſuccéder à l'héritage retiré, faſſe *dans l'an & jour du décès*, le rembourſement qu'elles ordonnent ; c'eſt-à-dire, dans l'an, non compris le jour du décès. Ce temps eſt fatal, ainſi que tous les Commentateurs en conviennent : c'eſt pourquoi ſi dans ledit temps l'héritier aux propres n'a pas rendu le prix à l'héritier aux acquêts, ou ſur ſon refus conſigné, il eſt de plein droit déchu du droit de ſuccéder à cet héritage.

Ce temps eſt continu ; il court même pendant le temps que l'héritier aux acquêts jouit du délai accordé par l'Ordonnance, pour délibérer ; après ce délai expiré, l'héritier aux propres doit le pourſuivre pour qu'il prenne qualité & pour qu'il reçoive le rembourſement ; & s'il ne le reçoit pas, il faut conſigner.

417. Il reſte une queſtion qui eſt de ſçavoir ſi la diſpoſition des Coutumes de Paris & d'Orléans qui appellent l'héritier aux propres à la ſucceſſion de l'héritage qui a été retiré par le défunt par retrait lignager, doit être étendue au cas auquel le défunt auroit acquis l'héritage propre de ſon lignager ? La raiſon de douter eſt que l'héritage propre que j'ai acquis de mon parent directement, n'eſt pas moins réputé propre, en matiere de retrait lignager, & comme tel, ſujet au retrait lorſque je le revends, que celui que j'aurois retiré par le retrait lignager : donc *à pari* dans ma ſucceſſion, il ne doit pas moins être réputé propre ſous les conditions portées par les Coutumes, que celui que j'ai retiré par retrait lignager. La raiſon de décider au contraire, eſt que les diſpoſitions coutumieres ſont de Droit étroit, & ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre : ainſi on ne peut tirer aucun argument du retrait lignager aux ſucceſſions ; d'ailleurs les raiſons qui ont pu porter les Coutumes à déférer à l'héritier aux propres la ſucceſſion de l'héritage retiré par retrait lignager par le défunt, ſont, que le droit de retrait lignager qui eſt *jus ſanguinis & familiæ* a été ſinon la cauſe principale, au moins une cauſe concurrente qui a rendu le défunt propriétaire de l'héritage qu'il a retiré ; que cet héritage n'eſt donc pas tellement acquêt, qu'il ne tienne auſſi beaucoup de la qualité de propre, par rapport à cette cauſe qui a concouru à en rendre le défunt propriétaire : or, cette raiſon ne reçoit aucune application à l'égard d'un héritage que le défunt auroit acquis directement de ſon parent, l'héritage ainſi acquis ne pouvant être, ſous aucun reſpect, conſidéré comme avenu *jure ſanguinis & familiæ*, ni par conſéquent comme propre.

§. III.

De la qualité de l'héritage retiré par retrait lignager, dans les ſucceſſions des héritiers du retrayant.

472. Lorſque le retrayant a laiſſé différens héritiers, les uns aux propres de la ligne d'où l'héritage retiré procédoit, les autres aux meubles & acquêts; ſi c'eſt l'héritier aux propres qui y a ſuccédé, il eſt cenſé y avoir ſuccédé comme à un ancien propre de la famille d'où cet héritage procédoit : cet héritage ne tient plus en la perſonne de cet héritier rien de la qualité d'acquêt qu'il avoit eue en celle du défunt : cette qualité a été entiérement effacée par le rembourſement qui a été fait à l'héritier aux acquêts : cet héritage eſt donc dans la perſonne de cet héritier, un ancien propre de la famille d'où il procédoit anciennement, & ce ſeront ſes héritiers aux anciens propres de cette famille qui y ſuccéderont.

Au contraire, ſi c'eſt l'héritier aux acquêts qui a ſuccédé à cet héritage, cet héritage eſt perdu pour la famille d'où il procédoit; cet héritier aux acquêts ayant ſuccédé à cet héritage comme à un acquêt du défunt, cet héritage ſera dans ſa perſonne un propre naiſſant, qui ne remontera pas plus haut qu'à la perſonne du retrayant qui l'a acquis; & dans la ſucceſſion de cet héritier, ce ſeront ſes parens du côté du retrayant qui y ſuccéderont, quoiqu'étrangers à la famille d'où ce propre procédoit anciennement.

473. Lorſque l'héritier du retrayant réuniſſoit la qualité d'héritier aux meubles & acquêts, & celle d'héritier aux propres de la ligne d'où procédoit l'héritage retiré par le défunt, comme lorſque c'eſt le fils du retrayant qui lui a ſuccédé, il eſt cenſé avoir ſuccédé à cet héritage comme à un propre de cette ligne, & avoir fait confuſion ſur lui-même, de l'obligation que la Coutume impoſe à l'héritier aux propres de rembourſer l'héritier aux acquêts. C'eſt pourquoi dans la ſucceſſion de cet héritier, l'héritier aux propres de la ligne d'où procede anciennement cet héritage, y ſuccédera ſans être obligé de faire aucun rembourſement à l'héritier aux propres naiſſans; Arrêt cité par Livoniere en ſes notes ſur Dupineau.

CHAPITRE XII.

Comment s'éteint le droit de retrait lignager; des fins de non-recevoir, & des exceptions qui peuvent être oppoſées contre ce droit.

474. LE droit de retrait lignager auquel la vente d'un héritage propre faite à un étranger a donné ouverture, s'éteint par le retour de cet héritage à la famille, ou par la deſtruction de l'héritage. Les fins de non-recevoir qu'on peut oppoſer contre le retrait lignager ſont la preſcription annale, ou la preſcription trentenaire.

§. I.

Du retour à la famille.

475. Dans les Coutumes qui appellent au retrait les lignagers indiſtinctement, & n'accordent d'autre préférence entre eux que celle qui réſulte de la diligence à donner le premier la demande, telles que ſont les Coutumes de Paris, d'Orléans, & beaucoup d'autres, il ne peut être douteux que le droit de retrait lignager auquel avoit donné ouverture la vente d'un héritage propre faite à un étranger, s'éteint, lorſqu'*avant aucune demande en retrait lignager*, cet héritage eſt retourné dans la famille; ſoit qu'il ſoit retourné au vendeur, ſoit qu'il ait paſſé à quelqu'un de la famille, ſans qu'il importe à quel titre. La raiſon eſt que dans ces Coutumes, le droit de retrait lignager n'appartenant à aucune perſonne déterminée de la famille, juſqu'à ce qu'elle ſe ſoit approprié ce droit, *veluti quodam occupationis jure*, par une demande en retrait qu'elle auroit donnée, mais appartenant indéterminément à la famille, cette famille ne peut plus avoir le droit de retrait d'un héritage, qui après en être ſorti, y eſt rentré, & qu'elle ſe trouve avoir pardevers elle.

476. Mais ſi l'héritage à l'égard duquel le droit de retrait étoit ouvert, n'eſt retourné au vendeur ou paſſé à quelqu'autre de la famille, qu'après une demande en retrait donnée par un lignager, ce retour de l'héritage à la famille ne peut préjudicier au droit de retrait que ce demandeur s'eſt approprié par la demande qu'il a donnée.

477. Si l'acheteur étranger avoit revendu l'héritage au vendeur, mais ne lui en avoit pas encore transféré la propriété par une tradition réelle ou feinte, la demande donnée par un lignager contre l'acheteur étranger dans le temps intermédiaire ſeroit-elle valablement donnée? Oui, car cet acheteur étranger, étant encore, lors de la demande en retrait lignager, le propriétaire de l'héritage; l'héritage n'étant pas encore retourné à la famille, le droit de retrait lignager n'étoit pas éteint, & le demandeur étoit encore à temps de s'approprier ce droit par la demande qu'il a donnée.

478. A l'égard des Coutumes qui accordent aux parens les plus prochains le retrait lignager ſur les plus éloignés qui auroient exercé le retrait avant eux, ou même qui auroient acheté directement l'héritage, le retour de l'héritage à la famille par l'acquiſition qu'en a faite un parent éloigné, n'éteint pas le droit de retrait: il ne doit pas être au pouvoir de l'acheteur étranger, en faiſant paſſer l'héritage à un parent éloigné, de fruſtrer les parens plus proches, du droit de retrait lignager que la Loi leur accorde préférablement aux plus éloignés.

§. II.

De l'extinction de l'héritage.

479. Il n'eſt pas douteux que le droit de retrait s'éteint, lorſque l'héritage dont la vente lui avoit donné ouverture, eſt tellement péri qu'il n'en reſte plus rien; comme lorſque la riviere a emporté entiérement un pré qui avoit été vendu.

480. Si cette perte étoit arrivée par une faute lourde de l'acquéreur, le lignager pourroit-il exercer le retrait de cet héritage qui n'exiſte plus, à l'effet de profiter de l'avantage du marché, & de faire condamner l'acquéreur à lui payer ce que cet héritage, ſi la riviere ne l'eût pas emporté, vaudroit de plus qu'il n'a coûté à l'acheteur pour l'acquérir? La raiſon de douter eſt que nous avons vu ci-deſſus, que l'acheteur étoit tenu vis-à-vis les lignagers de cette eſpece de faute, *ſuprà*, *n.* 416 *& ſuiv.* La raiſon de décider au contraire me paroît être, que le droit de retrait n'a été accordé aux lignagers que pour conſerver dans la famille les héritages, lorſqu'ils ſont vendus hors de la famille; la fin de profiter du bon marché ne peut être qu'une fin acceſſoire à cette fin principale, qui ne peut ſeule ſervir de fondement au retrait: cette fin de conſerver l'héritage dans la famille, ceſſe de pouvoir avoir lieu, lorſqu'il ne ſubſiſte plus, le droit de retrait ne peut donc plus ſubſiſter.

Il en ſeroit autrement ſi cette faute n'avoit été commiſe par l'acheteur, que depuis qu'il a été mis en demeure de délaiſſer l'héritage au retrayant; car ſa demeure l'oblige à dédommager le retrayant de ce qu'il ſouffre ou manque de gagner par la demeure.

481. Lorſqu'il reſte quelque choſe de l'héritage dont la vente a donné ouverture au retrait, le droit de retrait ſubſiſte pour ce qui en reſte, mais à la charge de rendre en entier le prix & les loyaux-coûts du marché, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 290.

De-là nait la queſtion, ſi lorſque la maiſon dont la vente a donné lieu au retrait, a été incendiée, de maniere qu'il n'en reſte plus que la place & un monceau de ruines, il y a lieu au retrait pour la place & les matériaux qui en reſtent. Bagoius & Boërius, ſur la Coutume de Berry, tiennent la négative, parce qu'une maiſon dont il ne reſte plus que la place & un monceau de matériaux, leur paroît totalement périe, & qu'ils ne croient pas que la place & les matériaux puiſſent être conſidérés comme une partie de cette maiſon. Tiraqueau *ad finem tit. quæſt.* 14, réfute avec raiſon cette opinion; car la place & les matériaux ſont véritablement une partie de cette maiſon; L. 21, *de pign. act.* Au reſte, le lignager qui exerce ce retrait doit rembourſer le prix entier & les loyaux-coûts du contrat, de même que ſi la maiſon ſubſiſtoit en entier, comme il a été vu *ſuprà*, *n.* 290.

§. III.

De la preſcription annale ou trentenaire.

482. On peut oppoſer contre le droit de retrait lignager la preſcription annale; Voyez ce que nous avons dit à cet égard *ſuprà*, *chap.* 7.

483. Lorſque la preſcription annale n'a pas couru, le droit de retrait lignager peut-être exclus par la preſcription générale de trente ans à laquelle ſont ſujets tous les droits. Par exemple, ſi l'acheteur n'a pas fait inſinuer ſon contrat d'acquiſition, & qu'après le temps de trente années entiéres revolues depuis ledit contrat, il ne ſe trouve pas encore inſinué, le droit de retrait lignager qui n'a pu dans ce cas être éteint par la preſcription annale, dont le temps ne commence à courir que du jour de l'inſinuation, ſera éteint par la preſcription

de trente ans qui court depuis que le droit de retrait eſt ouvert par le contrat de vente qui y a donné ouverture.

484. L'acheteur direct qui a négligé de faire courir le temps de la preſcription annale, ne peut à défaut de cette preſcription annale, être libéré du retrait que par la preſcription de trente ans & non par celle de dix ou vingt ans; car en acquérant il a contracté une obligation perſonnelle envers la famille du vendeur, de délaiſſer l'héritage à ceux de la famille qui en voudront exercer le retrait, *ſuprà*, *n.* 17. Or les actions qui naiſſent des obligations perſonnelles ne ſont pas ſujettes à cette preſcription de dix ou vingt ans, qui n'a lieu dans les provinces où elle eſt admiſe, qu'à l'égard des droits réels dont les héritages ſont chargés, & par laquelle les poſſeſſeurs qui ont acquis l'héritage ſans qu'on leur ait déclaré qu'ils fuſſent chargés de ces droits, & qui l'ont poſſédé de bonne foi comme le réputant franc de cette charge, en acquierent la libération.

A l'égard des tiers qui n'ont pas acheté directement de celui qui a mis l'héritage hors de la famille, mais auxquels le premier acheteur l'a revendu ou fait paſſer à quelque autre titre ſingulier que ce ſoit; comme il n'y a que le premier acheteur qui ſoit le débiteur perſonnel du retrait auquel la vente qui lui a été faite a donné ouverture, & que ces tiers n'en ſont tenus que parce que l'héritage qu'ils poſſedent a été affecté par la Loi à l'exécution de l'obligation du retrait; ces tiers pourroient, abſolument parlant, être dans le cas d'oppoſer cette preſcription, ſi lorſqu'ils ont acquis du premier acheteur, & depuis qu'ils l'ont acquis, ils avoient toujours, pendant tout le temps de la preſcription, ignoré de bonne foi que l'héritage fût encore ſujet au retrait auquel la vente faite au premier acheteur de qui ils ont acquis, a donné ouverture. Mais il eſt très-rare que ce cas arrive; parce que lorſque ces tiers acquierent du premier acheteur, ils ſont ordinairement à portée de s'inſtruire par les titres qu'on leur remet, ſi l'héritage eſt encore ſujet au retrait auquel a donné ouverture la vente faite au premier acheteur de qui ils ont acquis, & ſi ce premier acheteur a ſatisfait à ce qui eſt requis pour faire courir le temps de ce retrait; & par conſéquent l'ignorance que ces tiers allégueroient avoir eue de la charge du retrait, ne pourroit paſſer que pour une ignorance affectée, contraire à la bonne foi requiſe pour cette preſcription.

485. En ſuppoſant qu'un tiers poſſeſſeur fût dans le cas de pouvoir oppoſer cette preſcription, pourroit-il oppoſer celle de dix ans contre la demande en retrait du lignager domicilié dans le même Bailliage que lui, ou ne pourroit-il oppoſer que celle de vingt ans? J'inclinerois à répondre qu'il ne peut oppoſer que celle de vingt ans: la raiſon eſt, qu'avant la demande en retrait, ce n'étoit pas au particulier qui l'a donnée, mais en général à toute la famille du vendeur que le droit de retrait appartenoit: ce n'eſt donc pas contre ce particulier, mais contre la famille en général que le temps de la preſcription a dû courir: or cette famille n'eſt pas circonſcrite dans un tel Bailliage: elle peut s'étendre ailleurs, & par conſéquent ce ne peut être la preſcription de dix ans *inter præſentes*, mais ce n'eſt que celle de vingt ans qui peut avoir lieu contre elle.

406. Quoique ces preſcriptions de trente ans & de vingt ans ne courent pas contre les mineurs, néanmoins dans nos Coutumes de Paris & d'Orléans & au-

tres ſemblables, qui accordent le droit de retrait aux lignagers indéterminément, plutôt qu'à aucune perſonne de la famille, la minorité de quelqu'un des lignagers n'interrompt pas ces preſcriptions, parce que ce n'eſt pas proprement contre ces perſonnes, mais contre la famille indéterminément qu'ont couru ces preſcriptions.

§. V.

Le procès intenté à l'acquéreur ſur la propriété de l'héritage, lui donne-t-il une exception contre la demande en retrait lignager.

407. Lorſque j'ai acheté de vous un héritage qui vous venoit de la ſucceſſion de votre pere, & qu'un tiers a revendiqué ſur moi cet héritage, prétendant en être le véritable propriétaire, & qu'il n'appartenoit ni à vous ni à votre pere; ſi pendant ce procès un de vos lignagers donne la demande en retrait contre moi, puis-je demander qu'il y ſoit ſurſis juſqu'à ce que le procès qui m'eſt fait, ſoit terminé? Tiraqueau agite cette queſtion dans ſon Traité du Retrait lignager, *ad finem, tit. quæſt.* 1. Les raiſons pour l'affirmative ſont, 1°. que par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, l'héritage eſt devenu litigieux. Que le litige dure, le lignager ne peut donc être reçu à demander que je lui délaiſſe; car le délais que je lui en ferois ſur ſa demande en retrait, ſeroit une aliénation, & les loix défendent l'aliénation des choſes litigieuſes. 2°. On dit que le droit du lignager eſt fondé ſur ce qu'il prétend que celui qui m'a vendu a mis l'héritage hors de la famille, ce qui ſuppoſe qu'il en étoit le propriétaire; la qualité de propriétaire de mon vendeur étant conteſtée par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, le droit de ſon lignager devient incertain. Nonobſtant ces raiſons on doit décider que le procès qui m'eſt fait ſur la propriété de l'héritage ne peut arrêter l'adjudication du retrait au lignager, qui reprendra le procès à ma place, & me rembourſera des frais que j'ai faits. Il eſt facile de répondre aux raiſons ci-deſſus propoſées. La réponſe à la premiere, eſt que les loix qui défendent l'aliénation des choſes litigieuſes, ne concernent que les aliénations volontaires, & non les néceſſaires qui ont une cauſe antérieure au litige; tel qu'eſt le délais que l'acheteur eſt obligé de faire au lignager ſur la demande en retrait. La réponſe à la ſeconde, eſt que le poſſeſſeur d'une choſe en eſt préſumé le propriétaire, juſqu'à ce que le contraire ſoit juſtifié. C'eſt pourquoi juſqu'à ce que celui qui me fait procès ſur la propriété de l'héritage ait juſtifié de ſon droit, & fait prononcer en ſa faveur; celui qui me l'a vendu en ayant été le poſſeſſeur, lorſqu'il me l'a vendu, eſt préſumé en avoir été le propriétaire, & l'avoir mis hors de ſa famille, & par la même raiſon, la préſomption eſt pour le droit du lignager.

CHAPITRE

CHAPITRE XIII.

Du retrait de mi-denier.

488. LORSQUE deux conjoints par mariage & communs en biens, dont l'un étoit lignager du vendeur, l'autre étranger, ont acheté durant la communauté un héritage propre du vendeur, les Coutumes de Paris, *art.* 155, & celle d'Orléans, *art.* 381, accordent, après la diſſolution du mariage, au conjoint lignager ou à ſes héritiers lignagers, & à leur refus, aux autres lignagers, le retrait de la moitié du conjoint étranger, ou de ſes héritiers étrangers, à la charge de rembourſer la moitié, tant du prix que des loyaux-coûts & miſes.

C'eſt pour cette raiſon que ce retrait eſt appellé *retrait de mi-denier.*

Ce retrait eſt un vrai retrait lignager à l'égard duquel nous examinerons, 1°. Qu'eſt-ce qui donne ouverture à ce retrait, & quand? 2°. Quelle eſt la choſe ſujette à ce retrait? 3°. A qui & ſur qui eſt-il accordé? 4°. Comment & dans quel temps s'exerce-t-il? 5°. Quelles ſont les obligations du retrayant? 6°. Si ce retrait a lieu dans les Coutumes qui ne s'en ſont pas expliquées.

Nous obſerverons, avant que d'entrer en matiere, qu'il faut bien prendre garde à ne pas confondre la diſpoſition de l'*art.* 381 de notre Coutume qui établit ce retrait, avec l'*art.* 382. L'*art.* 381 qui eſt celui que nous nous propoſons d'expliquer en ce Chapitre, établit un vrai retrait lignager. Le 382, dont nous avons traité ci-deſſus, *chap.* XI, *art.* 6, §. 1, n'établit aucun retrait, mais il établit une récompenſe que le conjoint qui a retiré un propre de ſa ligne durant la communauté, doit à l'autre conjoint; faute du paiement de laquelle il eſt obligé d'abandonner cet héritage à la communauté.

§. I.

Qu'eſt-ce qui donne ouverture au Retrait de mi-denier; & quand.

489. Le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, les mêmes contrats qui donnent ouverture au retrait lignager ordinaire (*ſuprà, chap.* 3,) donnent pareillement ouverture à celui-ci; & ceux qui ne donnent pas ouverture au retrait lignager ordinaire, n'y donnent pas ouverture. C'eſt pourquoi il y a lieu au retrait de mi-denier, lorſque deux conjoints ont acheté ou reçu en paiement, ou pris à bail à rente rachetable durant leur mariage un héritage propre d'une perſonne de qui l'un deſdits conjoints étoit lignager. Mais il n'y auroit pas lieu s'ils l'ont acquis à titre de bail à rente non rachetable, ou de donation ou de legs, *&c.*; car ces titres n'étant pas ſuſceptibles du retrait lignager ordinaire, ne le ſont pas non plus de ce retrait de mi-denier qui eſt un vrai retrait lignager.

490. La ſeule différence qu'il y a à cet égard, entre le retrait lignager ordinaire & le retrait de mi-denier, eſt que les contrats ſuſceptibles du retrait don-

nent ouverture au retrait lignager ordinaire auſſi-tôt qu'ils ſont parfaits, & exécutés par la tradition réelle ou feinte de l'héritage, faite à un étranger; au lieu qu'ils ne donnent ouverture au retrait de mi-denier, qu'après la diſſolution du mariage. La raiſon eſt, que tant que le mariage & la communauté de biens dure, l'héritage n'eſt pas cenſé ſorti de la famille pour les raiſons rapportées, *ſuprà*, *n.* 196.

491. Pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, il faut, 1°. que l'un des conjoints acquéreurs ſoit lignager du vendeur, & l'autre étranger. Si les deux conjoints étoient l'un & l'autre lignagers, il n'y auroit pas lieu à ce retrait; car les ventes faites à des lignagers ne donnent pas lieu à aucun retrait lignager: il n'y a que les ventes faites *hors de la famille* qui y donnent lieu. C'eſt pourquoi ſi le prédécédé de ces deux conjoints lignagers tranſmettoit dans ſa ſucceſſion ſa part de l'héritage par eux acquis à des héritiers qui fuſſent d'une autre famille, le conjoint ſurvivant lignager ne pourroit pas exercer ſur eux le retrait de mi-denier.

292. Il faut, 2°. pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier, que l'héritage ait été acquis durant le mariage de ces conjoints.

Si celui des conjoints qui eſt étranger, avoit acquis l'héritage avant ſon mariage, & qu'il ſe fût marié avant l'expiration de l'an du retrait lignager auquel la vente qui lui a été faite a donné ouverture, il y a lieu de penſer que ce retrait ſeroit ſuſpendu pendant le mariage par les mêmes raiſons qui empêchent qu'il n'y auroit ouverture au retrait de mi-denier pendant le mariage; mais après la diſſolution du mariage, ce ne ſeroit pas le retrait de mi-denier qui auroit lieu, quand même cet héritage auroit été apporté & ameubli en communauté, ce ſeroit le retrait lignager ordinaire qui auroit lieu pour le temps ſeulement qui en reſtoit à expirer, lorſqu'il a été ſuſpendu par le mariage de l'acquéreur avec une perſonne de la ligne.

493. Il faut, 3°. pour que ce retrait *de mi-denier* ait lieu, que les conjoints fuſſent en communauté de biens. Les Coutumes de Paris & d'Orléans qui ont établi ce retrait, ſuppoſent le cas de la communauté, en diſant que ce retrait a lieu *pour la moitié* ou *pour la part & portion* du conjoint étranger; & c'eſt la communauté de biens qui fait regarder l'héritage comme n'étant pas ſorti de la famille, & qui empêche que le contrat ne donne ouverture durant le mariage au retrait lignager.

C'eſt pourquoi lorſqu'il n'y a pas communauté de biens entre deux conjoints, la vente faite d'un héritage ſujet à retrait à l'un d'eux étranger du vendeur, donne ouverture au retrait durant le mariage, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfans qui l'arrêtent, *ſuprà*, *n.* 197; & ce retrait étant le retrait lignager ordinaire, l'autre conjoint lignager n'a pas de préférence pour ce retrait, ſur les autres lignagers du vendeur.

494. Pourvu que l'héritage ait été acquis durant le mariage & la communauté de biens, il n'importe, pour qu'il y ait lieu au retrait, que l'homme & la femme aient été l'un & l'autre parties au contrat, ou que le mari ait été ſeul partie; *nec obſtat* que la Coutume d'Orléans dit: *ſi homme & femme conjoints par mariage achetent*; car tous les achats que fait le mari durant la communauté de biens, quoiqu'il y ſoit ſeul partie, il les fait comme chef de la communauté, & la femme en la qualité de commune eſt cenſée acheter avec lui.

495. Comme c'eſt la communauté de biens qui empêche qu'il y ait lieu au retrait durant le mariage, c'eſt la diſſolution de communauté qui y donne ouverture.

De-là il ſuit, 1°. que ſi faute d'inventaire la communauté continue après la mort du prédécédé, le retrait de mi-denier ne ſera ouvert que lors de la diſſolution de cette communauté. La Coutume d'Orléans, *art.* 385, s'en eſt expliquée formellement; car après ces mots, *mais après le trépas*, &c., on a ajouté, lors de la réformation, ceux-ci, *& qu'il y a diſſolution de communauté.*

496. De-là il ſuit, 2°. que ſi durant le mariage il arrivoit diſſolution de communauté par une Sentence de ſéparation de biens, cette diſſolution de communauté donneroit ouverture au retrait lignager quoique durant le mariage. C'eſt l'avis de Brodeau ſur l'*art.* 155 de la Coutume de Paris; & de Lemaître ſur ladite Coutume. Dupleſſis eſt d'avis contraire; mais il n'eſt pas d'accord avec lui-même, car il convient un peu plus haut, que lorſqu'il n'y a pas de communauté de biens entre deux conjoints par mariage, l'acquiſition faite durant le mariage par l'un d'eux qui eſt étranger de la ligne du vendeur, donne lieu au retrait, quoique l'autre conjoint ſoit lignager: donc il convient que le mariage de l'acquéreur étranger avec une perſonne lignagere, n'eſt pas ſeul une cauſe ſuffiſante pour arrêter le retrait, s'il n'y a communauté entr'eux. Or ſi c'eſt cette communauté qui arrête le retrait, il s'enſuit, que lorſqu'elle ſe diſſout, ſoit que ce ſoit par une ſentence de ſéparation, ſoit que ce ſoit par mort, *tanquam obice remoto*, il doit y avoir ouverture au retrait. L'unique raiſon que Dupleſſis apporte pour ſon avis, eſt que l'*art.* 155 de la Coutume de Paris ſe ſert de ces termes, *& qu'après le trépas*, *&c.*: donc, dit-il, il n'y a que le *trépas* de l'un des conjoints, qui donne ouverture au retrait de mi-denier. La réponſe eſt facile; ſçavoir, que ces termes *& qu'après le trépas*, *&c.*, ne doivent pas s'entendre *reſtrictivè* mais *enuntiativè*, comme énonçans la maniere la plus ordinaire par laquelle ſe diſſout la communauté entre conjoints par mariage.

Les Annotateurs de Dupleſſis alleguent une autre raiſon qui leur paroît très-forte; ſçavoir, que tant que le mariage dure, il y a eſpérance qu'il naîtra des enfans qui ſuccéderont à cet héritage, & le conſerveront à la famille du vendeur dont ils ſont. Or, diſent-ils, cette eſpérance, tant qu'elle dure, doit arrêter le retrait. La réponſe eſt, qu'il ne ſuffit pas, pour arrêter le retrait, qu'il y ait eſpérance que l'héritage qui eſt ſorti de la famille, pourra y rentrer un jour par des enfans lignagers qui pourront naître de l'acheteur étranger, & qui lui ſuccéderont à cet héritage. Il faut, pour en arrêter le retrait, que l'héritage puiſſe être cenſé demeurer encore en quelque façon dans la famille, & n'en être pas tout-à-fait ſorti: c'eſt ce qui arrive lorſque l'héritage eſt poſſédé par deux conjoints communs en biens dont l'un eſt lignager; car l'étroite union que le mariage & la communauté de biens forment entre ces conjoints, les faiſant regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même perſonne, ſuivant qu'il paroît par ces termes des Coutumes *ſont unis & communs*, *&c.* il s'enſuit qu'il ſuffit que l'un d'eux ſoit lignager, quoique l'autre ſoit étranger, pour qu'il paroiſſe que l'héritage eſt encore dans la famille. Pareillement, lorſqu'un acheteur étranger a des enfans lignagers, l'héritage par lui acquis peut être cenſé n'être pas ſorti tout-à-fait de la famille, & y demeurer encore par leſdits

enfans auxquels les biens de leur pere ſont cenſés appartenir en quelque façon, même du vivant de leur pere: *Vivo patre quodammodo Domini intelliguntur*; L. 11, ff. *de lib. & poſth.* C'eſt pour cette raiſon que les enfans lignagers de l'acheteur étranger arrêtent le retrait. On ne peut pas dire la même choſe lorſque l'acheteur étranger n'a pas d'enfans, & qu'il a ſeulement eſpérance d'en avoir. Les Coutumes de Paris, *art.* 156, & d'Orléans, *art.* 403, diſent *quand celui qui n'eſt en ligne* A *des enfans qui ſont en ligne, retrait n'a lieu:* elles ne diſent pas *a* ou *peut avoir.* Il faut donc qu'il en ait; & la ſeule eſpérance qu'il en aura ne ſuffit pas pour arrêter le retrait. C'eſt la faveur des enfans lignagers qui arrête le retrait auquel la vente faite à un étranger donne lieu, *ſuprà*, 197; mais cette faveur ne peut être cenſée accordée qu'à des enfans nés; ce qui eſt dans le néant n'étant pas capable de faveur

497. Du principe que c'eſt la communauté de biens en laquelle eſt un mari étranger avec une femme lignagere, qui arrête le retrait auquel la vente qui lui a été faite d'un héritage donne lieu, il ſuit que lorſque ce mari étranger aliene cet héritage durant la communauté, le retrait lignager eſt ouvert au profit de toute la famille de ſon vendeur ſur la vente qui lui en a été faite; car la cauſe qui arrêtoit ce retrait, venant à ceſſer par l'aliénation de cet héritage, qui, en mettant cet héritage hors de la communauté avec la femme lignagere, le met tout-à-fait hors de la famille, & détruit toute l'eſpérance qu'il auroit pu y avoir qu'il y reſtât; l'effet doit ceſſer, & le droit de retrait qu'a dû produire la vente faite au mari étranger de la ligne, *obice remoto*, doit être ouvert.

Il n'importe à quel titre il l'ait aliéné; car ce n'eſt pas ſur l'aliénation qu'il en fait, mais ſur la vente qui lui en a été faite, que le retrait a lieu. Il en eſt de ce cas comme de celui auquel l'acheteur qui a des enfans de la ligne, aliene de ſon vivant l'héritage qu'il auroit acheté, *ſuprà*, *n.* 198.

498. *Contrà vice verſâ*, lorſqu'un mari lignager du vendeur a acheté un héritage durant ſa communauté de biens avec ſa femme étrangere de la ligne, & qu'il le revend durant ſon mariage, la vente qui lui en a été faite étant une vente faite à un lignager, ne donne pas lieu au retrait lignager. Il eſt vrai que s'il eût conſervé cet héritage juſques à la diſſolution de la communauté, cette vente qui lui en a été faite, ſe trouvant en ce cas être faite pour une portion à la femme étrangere, auroit donné lieu au retrait de mi-denier de cette portion ſur cette femme ou ſes héritiers: mais cet héritage étant aliéné avant la diſſolution de communauté, le retrait ne peut plus avoir lieu; car la femme ne peut plus avoir, & eſt cenſée n'avoir jamais eu de part dans cet héritage, le droit de communauté de la femme ne s'étendant qu'aux biens de la communauté qui ſe trouvent lors de la diſſolution.

Mais ſi la vente qui a été faite au mari ne donne pas lieu en ce cas au retrait, la revente qu'il en fait y donne lieu, ſuivant l'article 133 de la Coutume de Paris, & les principes établis *ſuprà*, *n.* 47.

499. Le don mutuel en uſufruit arrête-t-il le retrait des héritiers du conjoint lignager ſur le ſurvivant étranger donataire mutuel? Dupleſſis, *Traité des Retraits, chap.* 10, *en ſa premiere Obſervation*, dit que le droit du retrait de mi-denier qu'ont les héritiers du prédécédé lignager, ne peut empêcher le

ſurvivant de jouir en uſufruit de leur portion. Cela n'eſt pas douteux; car ce n'eſt pas leur portion, mais celle du ſurvivant qu'ils ont droit de retirer. Dupleſſis en conclut que ſi ces héritiers ſont tenus de laiſſer jouir le ſurvivant de leur portion, ils ne peuvent lui *arracher* la ſienne pendant que ſon droit d'uſufruit dure. Ce raiſonnement eſt une pétition de principe; car c'eſt préciſément ce qui eſt en queſtion. On peut apporter une autre raiſon, qui eſt que le retrait de mi-denier s'exerçant au partage de communauté, & ce partage, en cas de don mutuel, ne ſe faiſant ordinairement qu'après l'extinction de l'uſufruit du donataire mutuel, ce retrait ne doit avoir lieu qu'après l'extinction de cet uſufruit, & doit être arrêté pendant qu'il dure. Je ne crois pas cette raiſon ſuffiſante pour décider que le don mutuel arrête le retrait; car, 1°. quoique même dans le cas auquel il n'y a pas de don mutuel, le partage des biens de la communauté ne ſe faſſe aſſez ſouvent que plus d'un an après ſa diſſolution; néanmoins le retrait de mi-denier eſt ouvert, & le temps de ce retrait commence à courir du jour de la mort du prédécédé qui a diſſous la communauté. C'eſt ce qui réſulte de l'article 157, qui dit expreſſément qu'il faut que le retrayant ait donné ſa demande, & ſur icelle proteſté dans l'an du décès. 2°. Le don mutuel n'empêche pas que le partage des biens de la communauté puiſſe ſe faire pendant le temps de l'uſufruit du donataire mutuel, & que ce retrait en conſéquence y puiſſe être exercé; car il eſt de la nature de l'indivis, que tout propriétaire par indivis, quoiqu'il n'ait que la nue propriété, puiſſe provoquer à partage & y être provoqué; & dans le fait j'ai vu pluſieurs partages de communauté ſe faire entre les héritiers du prédécédé & le ſurvivant donataire mutuel, pendant le temps de ſon don mutuel. Dupleſſis n'eſt pas même ferme dans ſon opinion; car il convient qu'il eſt plus ſûr, même dans le cas de don mutuel, que les héritiers du prédécédé lignager intentent l'action en retrait de mi-denier dans l'an du décès, ſauf à en renvoyer l'exécution au temps du partage. Je penſe par les raiſons ci-deſſus mentionnées, que non-ſeulement cela eſt plus ſûr, mais que cela eſt abſolument néceſſaire.

500. Pareillement le don mutuel fait au ſurvivant lignager par le prédécédé étranger, ne doit pas arrêter le retrait qu'il a droit d'exercer de la portion du prédécédé étranger; & en ce cas le ſurvivant qui avoit droit de jouir de la portion qu'il retire, doit jouir à la place de ce que la Coutume l'oblige de rembourſer: c'eſt pourquoi il lui ſuffira de donner dans le temps fatal, caution de faire ce rembourſement après l'expiration de ſon don mutuel.

§. II.

Que retire-t-on par le retrait de mi-denier.

501. Les Coutumes accordent au conjoint lignager ou à ſes héritiers lignagers, après la diſſolution de communauté, le retrait *de la part & portion* du conjoint non lignager ou de ſes héritiers. Celle de Paris, *art.* 155, dit formellement *la moitié gît en retrait.* Ces Coutumes emploient ces termes, parce qu'elles ſuppoſent le cas d'acceptation de la communauté, comme le cas le plus ordinaire. Mais ces termes ne doivent pas empêcher de décider que ſi la

femme lignagere ou ſes héritiers lignagers renoncent à la communauté, & que l'héritage qu'ils ont acquis durant le mariage, demeure en conſéquence en entier au mari étranger ou à ſes héritiers, il y a ouverture au retrait de cet héritage pour le total dans l'an & jour du décès du conjoint qui a diſſous la communauté, à la charge de rendre en ce cas, non le mi-denier ſeulement, mais le total du ſort principal des loyaux-coûts & miſes. C'eſt l'avis de Brodeau, ſur Paris, *art.* 155, que Dupleſſis me paroît contredire mal-à-propos. Il donne une fort mauvaiſe raiſon de ſon ſentiment : *la femme ou ſes héritiers*, dit-il, *par leur renonciation, tiennent lieu de vendeurs & ne peuvent revenir à une choſe qu'ils ont répudiée.* Il eſt faux que la renonciation qu'une femme ou ſes héritiers font à la communauté, tienne lieu d'une vente qu'ils faſſent au mari de leur part en la communauté : ils ſont plutôt cenſés, au moyen de leur renonciation, n'avoir jamais eu aucune part aux biens de la communauté; & de ce qu'ils refuſent d'avoir à titre de communauté la part dans les conquêts de la communauté qu'ils auroient pu avoir à ce titre, on n'en peut nullement conclure qu'ils ne puiſſent la prétendre à un autre titre, par le droit de retrait lignager que la Loi leur accorde, ſur ce qui a été acquis par le mari étranger. Le retrait eſt de tout ce qui a été acquis par celui ſur qui il s'exerce : le mari étranger ſe trouvant par la renonciation de ſa femme ou de ſes héritiers à la communauté, être acquéreur pour le total de l'héritage, il doit être ſujet au retrait pour le total. Les Annotateurs de Dupleſſis ſont de notre ſentiment.

502. Pareillement en cas d'acceptation de communauté, ſi au partage de la communauté le conjoint lignager, ou ſes héritiers n'uſant pas du droit de retrait que les Coutumes leur accordent, ont laiſſé comprendre cet héritage dans la maſſe des biens de la communauté, & que par le partage l'héritage ſoit tombé en entier au lot du conjoint étranger, l'héritage ſera pour le total ſujet au retrait. L'article 157 de Paris, paroît contraire à cette déciſion : il y eſt dit, *ſi par partage l'héritage ſort hors de la ligne, il eſt ſujet au retrait pour moitié.* L'objection diſparoîtra en entendant cet article, comme Brodeau l'a entendu du cas auquel par le partage, l'héritage auroit été partagé en deux moitiés diviſées, dont l'une ſeroit échue au conjoint lignager ou à ſes héritiers, & l'autre moitié à l'étranger. Si ceux qui ont rédigé cet article l'ont entendu dans un autre ſens que celui que Brodeau lui donne, c'eſt que les principes ſur l'effet purement déclaratif des partages, n'étoient pas alors établis auſſi clairement qu'ils le ſont aujourd'hui. C'eſt pourquoi, quel qu'ait été le ſens qu'ont eu en vue les rédacteurs, on doit donner aujourd'hui à l'article l'interprétation que Brodeau lui donne.

503. Sur la queſtion de ſçavoir ſi les choſes qui ont été acquiſes pour un ſeul & même prix avec l'héritage de la famille de l'un des conjoints, doivent auſſi être ſujettes au retrait de mi-denier, il faut ſuivre ce qui a été décidé pour le retrait ordinaire, *ſuprà, chap. 3, art. 3.*

504. Ce retrait de mi-denier n'eſt que de la portion du conjoint étranger. C'eſt pourquoi ſi le conjoint lignager prédécede & laiſſe des héritiers étrangers de la ligne, les lignagers du vendeur ne pourront exercer le retrait que de la portion du conjoint ſurvivant étranger, & non de celle des héritiers du conjoint lignager prédécédé, quoique ces héritiers ſoient étrangers.

§. III.

A qui le retrait de mi-denier eſt-il accordé.

505. Le retrait de mi-denier eſt accordé, de même que le retrait ordinaire, à toute la famille du vendeur; mais il a cela de particulier que le conjoint lignager ou ſes héritiers lignagers ſont préférés pour ce retrait à tous les autres lignagers.

506. Les héritiers du conjoint lignager ne ſont admis à ce retrait qu'autant qu'ils ſont eux-mêmes lignagers du vendeur; car le retrait de mi-denier étant un retrait lignager, il ne peut appartenir qu'à des lignagers. Lalande, ſur l'article 381 de la Coutume d'Orléans, eſt après d'Argentré, d'avis contraire. Il ſe fonde ſur ce qu'il dit que les héritiers ſuccedent à ce droit de retrait au conjoint lignager prédécédé, ce qui ne me paroît pas véritable; car quoique l'effet de ce retrait, lorſqu'il s'exerce par les héritiers du conjoint lignager prédécédé au partage des biens de la communauté, conſiſte à faire porter en entier l'héritage ſujet à ce retrait dans le lot de la ſucceſſion de ce conjoint, comme nous le verrons *infrà, art.* 514; & qu'en conſéquence ils tiennent cet héritage en entier à titre d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, qui eſt cenſé le leur avoir tranſmis dans ſa ſucceſſion, il ne s'enſuit pas qu'ils tiennent pareillement du défunt le droit de retrait, qui conſiſte dans le droit d'obliger le conjoint ſurvivant à ſouffrir que l'héritage ſoit porté en entier dans le lot de la ſucceſſion du conjoint prédécédé. Ce conjoint n'a pu tranſmettre à ſes héritiers ce droit qui ne lui a jamais appartenu, le mariage & la communauté de biens en ayant juſqu'à ſa mort arrêté l'ouverture. Les héritiers tiennent de leur chef ce droit de la Loi qui le leur accorde; & comme elle ne l'accorde que dans la vue de conſerver l'héritage dans la famille, & que ce retrait eſt une eſpece de retrait lignager, elle ne le leur accorde qu'en leur qualité de lignagers: celle qu'ils ont d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, n'eſt qu'une qualité acceſſoire à celle de lignager, à laquelle la Loi a accordé la préférence ſur les autres lignagers.

Ajoutez à tout ce que nous venons de dire, que l'article 381 de notre Coutume d'Orléans, s'exprime en ces termes: » Et quant aux héritiers du » prédécédé, en cas que ledit retrait ait lieu, ils ſont préférés aux autres » parens du vendeur, *pourvu que leſdits héritiers ſoient auſſi parens de l'eſtoc* » *& fourchage dudit vendeur.* » Elle donne aſſez à entendre par-là, que la qualité de lignager eſt néceſſaire pour être habile à ce retrait; car la préférence étant donnée à la qualité d'héritier, l'héritier, quoiqu'étranger, devroit l'avoir s'il étoit habile au retrait; & ce n'eſt que parce qu'il n'y eſt pas habile, qu'il ne peut avoir cette préférence.

507. Lorſque le conjoint lignager prédécédé a laiſſé pluſieurs héritiers, dont les uns ſont lignagers, & les autres ſont étrangers de la ligne, on pourroit peut-être ſoutenir que ceux-ci, qui ne peuvent de leur chef avoir ce droit de retrait, peuvent néanmoins y concourir & y participer avec leurs cohéritiers lignagers, d'autant que l'effet de ce retrait, étant comme il a été dit ci-deſſus, lorſqu'il s'exerce au partage des biens de la communauté, de faire

porter l'héritage ſujet à ce retrait dans le lot de la ſucceſſion du conjoint lignager prédécédé, après que les héritiers lignagers, en exerçant ce retrait, l'y auront fait porter; les héritiers étrangers de la ligne qui ſont appellés avec les héritiers lignagers à cette ſucceſſion, y trouvant cet héritage, doivent avoir le droit de le partager avec eux; & par ce moyen, ils concourront & participeront au bénéfice de ce retrait. Ajoutez que c'eſt une choſe aſſez commune en Droit, que ce que nous n'avons pas de notre chef *& ex propriâ perſonâ*, nous puiſſe être communiqué *ex perſonâ alterius*. Nonobſtant ces raiſons, je crois qu'on doit décider que même en ce cas les héritiers étrangers de la ligne ne doivent avoir aucune part à ce retrait. La raiſon eſt, que ce retrait eſt une eſpece de retrait lignager, & qu'il eſt de la nature du retrait lignager de n'être ni ceſſible, ni par conſéquent communiquable à des étrangers. C'eſt pourquoi je penſe que dans ce cas-ci les héritiers lignagers peuvent en exercer le retrait, non en faiſant porter l'héritage dans le lot de la ſucceſſion du prédécédé, mais à leur profit ſeul, & de la maniere que nous l'expliquerons *infrà*, *n.* 514. S'il y a du bénéfice dans ce retrait, ils ne ſont pas obligés d'en faire rapport à leurs cohéritiers étrangers, car un héritier n'eſt obligé au rapport que de ce que le défunt lui a donné; mais les héritiers lignagers ne tenoient pas du défunt, mais de la Loi le droit de retrait qu'ils ont exercé, ni par conſéquent le bénéfice qui leur en eſt revenu.

Pareillement lorſqu'entre pluſieurs héritiers lignagers les uns veulent exercer ce retrait, les autres ne le veulent pas, ceux qui veulent l'exercer ont droit de l'exercer en entier.

Mais ſi tous veulent l'exercer, celui d'entr'eux qui a prévenu ne doit avoir aucune préférence ſur ces cohéritiers. En exerçant ce retrait, il eſt cenſé l'avoir exercé, tant pour lui que pour ſes cohéritiers qui voudroient y avoir part; car c'eſt un principe en fait de partage de ſucceſſion, que tout ce qu'un héritier fait en qualité d'héritier, il eſt cenſé le faire pour tous ſes cohéritiers, & leur en doit faire raiſon au partage. Arrêt cité par les Annotateurs de Dupleſſis, *chap.* 10.

§. IV.

Sur qui le retrait de mi-denier a-t-il lieu.

508. Le retrait *de mi-denier* que les Coutumes de Paris & d'Orléans accordent, a lieu ſur le conjoint étranger de la ligne du vendeur, & ſur les héritiers de ce conjoint, pourvu qu'ils ſoient auſſi étrangers de cette ligne.

S'ils étoient lignagers, il n'y auroit pas lieu à ce retrait; car le retrait de mi-denier eſt un vrai retrait lignager: & c'eſt une regle dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, que *lignager ſur lignager n'a droit de retenue*; Loyſel, 111, 5, 9. La Coutume de Paris, *art.* 155, s'en explique; il y eſt dit, « La moitié » dudit héritage gît en retrait à l'encontre de celui qui n'eſt lignager, ou ſes » hoirs *s'ils ne ſont lignagers*, &c. »

509. Si entre les héritiers du conjoint étranger, il y en a qui ſoient lignagers, & que les autres ſoient étrangers, ce retrait de mi-denier peut avoir lieu ſur les héritiers étrangers pour les parts qu'ils ont dans la portion du défunt. Mais

ſi

ſi avant la demande en retrait, par partage ou autrement, la portion du défunt avoit paſſé en entier aux héritiers lignagers, le retrait de mi-denier ne pourroit plus avoir lieu; ceux ſur leſquels il pourroit avoir lieu n'ayant plus aucune part dans l'héritage.

510. Le retrait de mi-denier n'a lieu que ſur le conjoint étranger ou ſes héritiers: lorſque le conjoint lignager a prédécédé & n'a laiſſé que des héritiers étrangers, les autres lignagers de la famille du vendeur peuvent bien exercer le retrait ſur le conjoint étranger ſurvivant; mais ils ne le peuvent exercer ſur les héritiers étrangers du conjoint lignager, car le retrait de mi-denier n'eſt que de la portion du conjoint étranger, *ſuprà*, *n.* 504.

§. V.

Dans quel temps s'exerce le retrait de mi-denier.

511. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, doit dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, & dans la plupart des Coutumes être exercé dans l'an & jour.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que l'an & jour ne court que du jour de la diſſolution de communauté. La raiſon eſt évidente: ce retrait de mi-denier n'eſt ouvert que par la diſſolution de communauté; le temps de l'exercer ne peut donc pas commencer à courir plutôt.

512. Les mêmes cauſes qui empêchent l'an & jour de courir pour le retrait ordinaire (*ſuprà*, *chap.* 7), l'empêchent pareillement de courir pour le retrait de mi-denier. C'eſt pourquoi ſi, par exemple, lors de la diſſolution de communauté, le contrat d'acquiſition de l'héritage ſujet au retrait lignager n'étoit pas encore inſinué; ſi dans les Coutumes dans leſquelles l'an du retrait ne court que du jour de la foi portée, ou de la ſaiſine priſe, le mari, lors de la diſſolution de communauté, n'avoit pas porté la foi ou n'avoit pas pris ſaiſine: dans tous ces cas, l'an de ce retrait ne courra pas, juſqu'à ce que le conjoint étranger ou ſes héritiers aient porté la foi ou pris ſaiſine.

L'article 155 de Paris, en diſant que l'héritage gît en retrait dedans l'an & jour du déces, *ſuppoſé qu'il y eût ſaiſine ou inféodation priſe durant le mariage*, donne aſſez à entendre que ſi cela n'avoit pas été fait durant le mariage, l'an & jour ne courroit pas du jour du déces, mais ſeulement du jour de l'inféodation ou ſaiſine priſe depuis le mariage; c'eſt ce qu'ont fort bien obſervé les Annotateurs de Dupleſſis. Quand même la Coutume de Paris ne s'en ſeroit pas expliquée, cela devroit avoir lieu; car le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, doit être ſujet aux regles du retrait lignager ordinaire, & par conſéquent les mêmes cauſes qui empêchent le temps du retrait ordinaire de courir, doivent auſſi empêcher de courir le temps de celui ci. En vain dit-on que le conjoint lignager à qui ce retrait eſt accordé n'a pu ignorer l'acquiſition qu'il a faite; car cette raiſon pourroit être de conſidération, ſi c'étoit à lui ſeul que ce retrait fût accordé; mais étant accordé à toute la famille, & le conjoint lignager n'ayant qu'une préférence ſur les autres lignagers, cette raiſon tombe.

513. Quoique dans le cas d'acceptation de communauté ce retrait ne s'exécute qu'au partage, lorſque c'eſt le conjoint lignager ou ſes héritiers qui l'exercent; & quoique les autres lignagers ne puiſſent l'exécuter qu'après le partage, puiſqu'ils n'ont le droit de retrait de mi-denier que ſubſidiairement, au cas que le conjoint lignager ou ſes héritiers ne l'aient pas exercé; néanmoins ce retrait doit être demandé dans l'an & jour de la diſſolution de communauté, ſauf au Juge à en renvoyer l'exécution au partage ou après le partage. La Coutume de Paris s'en eſt expliquée formellement, *art.* 157.

§. VI.

Comment s'exerce le retrait de mi-denier.

514. Ce retrait de *mi-denier* peut s'exercer au partage de la communauté: il n'eſt ſujet en ce cas à aucune formalité des demandes en retrait; car en ce cas la demande qui en eſt faite, eſt un incident, & fait partie de la demande en partage.

Lorſqu'il eſt exercé au partage de la communauté par le conjoint lignager, ou par tous ſes héritiers, il s'exerce en portant dans le lot du lignager l'héritage pour la ſomme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquiſition, que pour les loyaux-coûts & miſes, & en portant d'autres effets de la communauté pour l'équivalent dans le lot de l'étranger: s'il n'en reſtoit pas ſuffiſamment dans les biens de la communauté pour lui fournir cet équivalent, on le lui ſuppléeroit par un retour dont on chargeroit le lot du lignager.

Lorſque le retrait s'exerce par une partie ſeulement des héritiers du conjoint lignager, les autres ou n'ayant pas de droit à ce retrait, parce qu'ils ſont étrangers de la ligne, ou ne voulant pas l'exercer, parce qu'ils ne le trouvent pas avantageux; en ce cas le retrait ne peut pas s'exercer de la même maniere. On ne doit pas, comme dans l'eſpece précédente, porter l'héritage entier dans le lot de la ſucceſſion du prédécédé lignager, les héritiers étrangers n'ayant pas le droit de partager avec les héritiers lignagers, la moitié du conjoint ſurvivant dans cet héritage qui eſt ſujette au retrait; mais, même en ce cas, le retrait de la moitié du conjoint étranger ſurvivant ne laiſſe pas de pouvoir s'exercer au partage des biens de la communauté d'une autre maniere. On portera l'héritage dans la maſſe des biens de la communauté pour la ſomme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquiſition que pour les loyaux-coûts & miſes; & après avoir liquidé la ſomme à laquelle monte la part de chacun des copartageans, tant dans les biens de la communauté, que dans la ſubdiviſion de la portion qui en appartient à la ſucceſſion du prédécédé, on portera dans le lot que les héritiers lignagers doivent avoir pour leur part en la ſubdiviſion, l'héritage pour la moitié qu'ils ont droit de retirer ſur le conjoint ſurvivant, & pour la moitié de la ſomme pour laquelle il a été compris dans la maſſe; ſi cela excédoit ce qui leur revient, on chargeroit leur lot d'un retour en deniers envers le conjoint ſurvivant, lequel avec des effets de la communauté, qu'on donnera à ce conjoint, ſervira à le rempir du prix de la moitié qui eſt retirée ſur lui.

Lorſque l'héritage, par l'eſtimation qui a été faite depuis la mort du prédécédé des biens de la communauté, ſe trouve être d'une plus grande valeur que la ſomme qu'il a coûté à la communauté, le conjoint étranger ſurvivant ne devant pas profiter de cette plus-value au moyen du retrait qu'on a droit d'exercer ſur lui, l'héritage ne ſera porté dans la maſſe des biens de la communauté que pour la ſomme qu'il a coûté à la communauté, ſauf aux héritiers du prédécédé à ſe faire raiſon entre eux de la plus-value. Ceci s'éclaircira par un exemple. Suppoſons que l'héritage tant pour le prix de l'acquiſition que pour les loyaux-coûts & miſes a coûté à la communauté dix mille livres, & que par le rapport eſtimatif fait pour parvenir au partage, il ait été eſtimé treize mille livres, il ne ſera néanmoins porté dans la maſſe que pour la ſomme de dix mille livres. Suppoſons auſſi que le conjoint lignager prédécédé a laiſſé trois héritiers, dont un ſeul eſt lignager, & les deux autres ſont étrangers de la ligne: on a porté dans le lot que l'héritier lignager doit avoir pour ſa part dans la ſubdiviſion, cet héritage, non-ſeulement pour la moitié qu'il a déclaré vouloir retirer ſur le conjoint ſurvivant, mais même pour l'autre moitié qui appartient à la ſucceſſion du prédécédé, & on l'y a porté pour la ſomme de dix mille livres qui eſt celle pour laquelle il étoit porté en la maſſe; cet héritier lignager ne doit à la vérité faire aucune raiſon à ſes cohéritiers étrangers de la ligne, de la plus-value de l'héritage pour la moitié du conjoint ſurvivant. Le droit qu'il avoit de la retirer étant un droit qui appartenoit à lui ſeul, le bénéfice qui lui en eſt revenu ne doit appartenir qu'à lui ſeul; mais il doit leur faire raiſon de la plus-value pour l'autre moitié qui appartenoit à la ſucceſſion: cette moitié n'étant ſujette à aucun droit de retrait & ne lui ayant été délivrée que pour la commodité du partage, la plus-value de cette moitié étant de 1500 livres, il doit faire raiſon à chacun d'eux de la ſomme de 500 liv. pour le tiers revenant à chacun d'eux. Si cette moitié eût été portée au lot de ſes cohéritiers, ils ſeroient pareillement tenus de lui faire raiſon de la plus-value.

Lorſque par le rapport l'héritage a été eſtimé à une ſomme moindre que celle qu'il a coûté à la communauté, & que l'un des héritiers du conjoint lignager veut en exercer le retrait pour empêcher que par le ſort du partage, il ne reſte au conjoint étranger ſurvivant, cet héritage ſera porté dans la maſſe pour la ſomme à laquelle il a été eſtimé par le rapport, & enſuite porté pour cette ſomme dans le lot du retrayant, au moins pour la moitié qu'il a droit de retirer ſur le conjoint ſurvivant, mais à la charge par le retrayant de faire raiſon au conjoint ſurvivant pour cette moitié, de ce que l'héritage a coûté de plus à la communauté que la ſomme pour laquelle il a été employé dans la maſſe.

515. Lorſque la femme lignagere ou ſes héritiers ont renoncé à la communauté, n'y ayant pas en ce cas de partage de communauté à faire, ils ne peuvent exercer leur droit de retrait que par une demande en retrait, laquelle doit être ſujette à toutes les formalités des retraits.

A plus forte raiſon, les autres lignagers ne peuvent exercer ce retrait, que par une demande en retrait dans toutes les formes. Mais comme le conjoint lignager & ſes héritiers lignagers leur ſont préférés, on doit ſur la demande qu'ils donnent, ordonner qu'il ſera ſurſis à faire droit juſqu'au partage.

Si le conjoint lignager ou ſes héritiers exerçoient ce retrait au partage, ou

même ſi ſans qu'ils l'exerçaſſent, l'héritage tomboit en entier dans leur lot, la demande du tiers lignager tomberoit: ſi au contraire l'héritage ou partie d'icelui tomboit au lot du conjoint étranger ou de ſes héritiers étrangers, on feroit droit ſur la demande du tiers lignager.

§. VII.

Des obligations des retrayans.

516. Le retrayant doit rembourſer le mi-denier des mêmes choſes qui doivent être rembourſées dans le retrait ordinaire.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que le retrayant doit faire raiſon du mi-denier des impenſes non-néceſſaires, mais ſeulement utiles, juſqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux ; *Orléans, art.* 381. La raiſon eſt que ce retrait n'étant ouvert que lors de la diſſolution du mariage qui peut quelquefois durer long-temps, il ſeroit injuſte que l'acquéreur, pendant tout ce temps, fût empêché de méliorer ſon bien ; au lieu que dans le retrait ordinaire, l'acquéreur ne ſouffre pas un grand préjudice d'attendre l'expiration de l'année pour faire les méliorations qu'il veut faire, étant en ſon pouvoir de faire courir ce temps auſſi-tôt qu'il a acquis.

517. Il eſt évident que le terme fatal de vingt-quatre heures, dans lequel le rembourſement doit ſe faire dans le retrait ordinaire, n'a pas lieu dans le retrait de mi-denier lorſqu'il s'exerce au partage ; mais lorſqu'il eſt exercé par les autres parens, ou même par la femme ou par ſes héritiers en cas de renonciation à la communauté, le rembourſement doit être fait ou offert dans le terme fatal, de même que dans le cas du retrait ordinaire.

518. Les fruits dans ce retrait, comme dans le retrait ordinaire, ne ſont dûs au retrayant que du jour de ſes offres réelles de rembourſer l'acquéreur.

§. VIII.

De l'effet du retrait de mi-denier.

519. Lorſque ce retrait s'exerce par le conjoint lignager ou par ſes héritiers au partage des biens de la communauté, le conjoint lignager, lorſqu'il eſt le ſurvivant, poſſede cet héritage comme une choſe à laquelle avec les autres choſes qui ſont tombées dans ſon lot, s'eſt déterminée ſa part dans les biens de la communauté, qui a été entre lui & l'autre conjoint, & par conſéquent comme un conquêt de cette communauté. Pareillement lorſque le conjoint lignager eſt prédécédé, ſes héritiers ſont cenſés lui ſuccéder à cet héritage entier, comme à une choſe à laquelle, avec les autres choſes qui compoſent le lot de la ſucceſſion de ce conjoint, s'eſt déterminée la part qui appartient à cette ſucceſſion dans les biens de la communauté ; ou lorſqu'il n'y a que l'un d'eux qui a exercé le retrait, comme une choſe à laquelle s'eſt déterminée ſa part en la ſubdiviſion de cette ſucceſſion.

De-là il ſuit, 1°. que les hypotheques dont cet héritage a été chargé par le mari étranger, ne ſont aucunement éteintes en ce cas par le retrait ; car la

femme lignagere ou ſes héritiers tenant cet héritage en entier, comme une choſe dont leur part en la communauté eſt compoſée, & par conſéquent comme un conquêt de cette communauté, ils ne peuvent le tenir qu'à la charge des hypotheques dont le mari comme chef de la communauté a eu droit de charger pour le total les conquêts de la communauté, & par conſéquent même pour la part qui tombe dans le lot de ſa femme ou de ſes héritiers; il en eſt de même des autres droits réels impoſés par le mari.

De-là il ſuit, 2°. que ſi le vendeur de l'héritage ſujet à ce retrait, devenoit l'héritier du conjoint lignager, ſa qualité de vendeur ne l'empêcheroit pas de pouvoir exercer de cette maniere le retrait de cet héritage au partage des biens de la communauté; car, en l'exerçant de cette maniere, il ne ſe rend pas, comme dans le retrait ordinaire, acheteur lui-même à la place de celui ſur qui il exerce le retrait, ce qui ſeroit incompatible avec ſa qualité de vendeur; il n'a que la qualité d'héritier du conjoint lignager à la part de ce conjoint dans les biens de la communauté, dont au moyen du retrait l'héritage entier fait partie, laquelle qualité n'a rien d'incompatible avec celle de vendeur de cet héritage.

De-là il ſuit, 3°. que les héritiers qui ont exercé ce retrait, tenant même la partie retirée comme une choſe qui fait partie de la ſucceſſion du conjoint prédécédé, doivent les profits ſeigneuriaux qui ſont dus pour les ſucceſſions.

520. Lorſque le retrait ne s'exerce pas au partage; comme lorſqu'il eſt exercé par la femme lignagere ou par ſes héritiers en cas de renonciation à la communauté, ou par les autres lignagers au refus du conjoint lignager ou de ſes héritiers, ce retrait, en ce cas, a tous les mêmes effets que le retrait ordinaire; le retrayant eſt de même que dans le retrait ordinaire, ſubrogé à l'achat du conjoint étranger ſur lequel ou ſur les héritiers duquel le retrait eſt exercé; il eſt cenſé tenir du vendeur ce qu'il a retiré, & avoir acheté de lui.

De-là il ſuit que ce retrait, de même que le retrait ordinaire, ne donne pas lieu à un nouveau profit. C'eſt pourquoi, lorſqu'en cas de renonciation à la communauté, les héritiers de la femme lignagere exercent le retrait ſur le conjoint ſurvivant, ils ne doivent aucun profit; le droit de retrait qu'ils exercent étant un droit qu'ils ont de leur chef, ils ſont cenſés avoir acheté eux-mêmes du vendeur l'héritage qu'ils retirent.

Par la même raiſon, ſi c'étoit le vendeur de l'héritage qui fût devenu l'héritier de la femme, ſa qualité de vendeur, en cas de renonciation à la communauté, l'empêcheroit de pouvoir exercer ce retrait contre le mari étranger ſurvivant; car il ne peut pas, par ce retrait, devenir l'acheteur du même marché du même héritage dont il eſt le vendeur, ces deux qualités étant incompatibles, dans le même marché d'une même choſe.

521. Enfin, lorſqu'en cas de renonciation à la communauté, la femme ou ſes héritiers exercent le retrait, les hypotheques & autres droits réels impoſés par le mari ſur l'héritage retiré s'éteignent, de même que dans le retrait ordinaire, toutes les charges impoſées par l'acheteur ſur qui le retrait eſt exercé s'éteignent: car la femme ou ſes héritiers qui en ont exercé le retrait, ne tiennent pas cet héritage comme un effet de la communauté à laquelle ils ont renoncé; l'achat que les conjoints en ont fait en commun durant leur mariage,

s'éteint en la perſonne du mari étranger par le retrait qui eſt exercé ſur lui, & paſſe en la perſonne de la femme ou de ſes héritiers, ou autres retrayans qui ſont cenſés, de même que dans le retrait ordinaire, avoir acheté directement du vendeur.

Dupleſſis, en ſa douzieme obſervation ſur le Chapitre x de ſon Traité des Retraits, paroît d'avis contraire au nôtre ; car ſans diſtinguer ſi ce retrait s'exerce au partage de la communauté ou non, il dit que ce retrait n'éteint pas les hypotheques & autres charges impoſées par le mari ſur qui le retrait s'exerce, & qu'en cela le retrait de *mi-denier* eſt différent du retrait ordinaire. Les raiſons de différence qu'il apporte, ſont que « le retrait ordinaire ſe fait ſur le contrat » de vente, & réſout tout le droit de l'acquéreur; au contraire le retrait de » mi-denier (dit cet Auteur) *ne ſe fait point ſur la premiere vente ; mais ſur la* » *mutation qui arrive* par la diſſolution du mariage : de ſorte qu'*interim*, le mari » a été véritable propriétaire ; & c'eſt tout de même que quand un lignager a » acquis un héritage, & que depuis il vient à le revendre, auquel cas le retrait » ſe peut faire, non pas ſur la premiere vente, mais ſur la ſeconde. »

C'eſt fort mal-à-propos que cet Auteur compare le cas du retrait de mi-denier au cas auquel un lignager a acquis un héritage & le revend enſuite. On convient avec Dupleſſis, qu'en ce cas le retrait ſe fait, non ſur la premiere vente, mais ſur la ſeconde, & conſéquemment que les hypotheques & autres charges impoſées par le premier acheteur ſubſiſtent. Mais dans le cas du retrait de *mi-denier*, il n'y a pas une ſeconde vente; il n'y a qu'une ſeule vente qui eſt celle qui a été faite aux conjoints durant leur communauté : ce ne peut donc être que ſur cette vente que le retrait s'exerce; c'eſt au droit que cette vente avoit donné au conjoint étranger ſur qui le retrait s'exerce, que le retrayant eſt ſubrogé par le retrait; ce droit ſe réſout en la perſonne de ce conjoint, pour paſſer en celle du retrayant qui eſt cenſé avoir en ſa place acheté du vendeur, & par conſéquent toutes les charges impoſées ſur l'héritage par ce conjoint doivent ſe réſoudre, ſuivant la regle *ſoluto jure dantis*, *&c.* On ne ſçait ce que veut dire Dupleſſis, quand il dit : *Le retrait de mi-denier ne ſe fait pas ſur la premiere vente, mais ſur la mutation qui arrive par la diſſolution du mariage.* A-t-on jamais dit qu'un retrait ſe fait *ſur une mutation*? Un droit de retrait n'eſt autre choſe que le droit de prendre le marché d'un autre : la mutation qui arrive par la diſſolution du mariage n'eſt pas un marché : il n'y a pas eu d'autre marché ni d'autre vente que celle qui a été faite aux conjoints durant la communauté; ce ne peut donc être que ſur cette vente que le retrait peut s'exercer après la diſſolution de la communauté. Quant à ce qu'ajoute Dupleſſis, que *le mari* (ſur qui le retrait s'exerce) interim *a été véritable propriétaire ;* on en convient ; dans le retrait ordinaire, celui ſur qui on a exercé le retrait a été auſſi propriétaire juſqu'à ce que le retrait ait été exercé ; mais dans l'un & dans l'autre, ce droit de propriété qu'il a eu s'éteint en ſa perſonne, & entraîne l'extinction de toutes les charges qu'il avoit impoſées ſur l'héritage retiré.

§. IX.

Des manieres dont s'éteint le retrait de mi-denier.

522. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, s'éteint par la preſcription annale, lorſque tous ceux à qui la loi l'accorde, ont laiſſé paſſer l'an & jour dans lequel il doit être exercé.

Cette preſcription court, comme dans le retrait ordinaire, contre les mineurs, de même que contre les majeurs. Je penſe néanmoins qu'il y a cette différence, que le retrait ordinaire n'étant pas accordé déterminément à une perſonne de la famille, mais à toute la famille en général, ceux de la famille qui auroient été pendant le temps du retrait dans l'impuiſſance abſolue de l'exercer, *putà* ſi c'étoit des mineurs qui euſſent été pendant tout ce temps deſtitués de tuteurs, ne pourroient pas pour cela prétendre que ce temps n'a pas couru contre eux, ni être en conſéquence admis à l'exercer : au contraire le retrait de mi-denier étant accordé ſpécialement & déterminément au conjoint lignager ou à ſes héritiers lignagers ; ſi ces héritiers ont été dans cette impuiſſance, je penſe que l'an & jour de ce retrait ne doit pas courir contre eux.

523. Quoique le retrait lignager ordinaire ſoit éteint indiſtinctement par le retour de l'héritage à la famille, avant aucune demande en retrait intentée, il n'en eſt pas de même du retrait de mi-denier ; car le conjoint lignager ou ſes lignagers ayant pour ce retrait la préférence ſur tous les autres lignagers du vendeur, ſi le conjoint étranger ou ſes héritiers, quoiqu'avant aucune demande en retrait, diſpoſoient de leur portion ſujette à ce retrait envers un lignager, ce retour à la famille ne préjudicieroit pas au droit qu'ont le conjoint lignager ou ſes héritiers lignagers, d'exercer le retrait de cette portion préférablement à tous les autres lignagers.

524. Lorſque le conjoint lignager ou ſes héritiers lignagers, laiſſent comprendre dans le partage des biens de la communauté l'héritage, & qu'il tombe, ſoit pour le total, ſoit pour partie, au lot du conjoint étranger ou de ſes héritiers, le conjoint lignager ou ſes héritiers qui ont ſouſcrit à ce partage ſans proteſtation d'exercer le retrait, ſont cenſés y avoir volontairement renoncé, & ce droit de retrait eſt éteint à leur égard ; mais il ne laiſſe pas de ſubſiſter à l'égard des autres lignagers s'ils ont donné leur demande, ou s'ils ſont encore dans le temps de la donner ; *Voyez Paris, art.* 157.

APPENDICE

A LA PREMIERE PARTIE.

De l'action en répétition de retrait.

525. NOUS avons vu au Chapitre premier l'attention qu'avoient eue les Coutumes à rechercher & punir les fraudes qui pourroient être concertées entre le vendeur & l'acheteur contre le droit de retrait des lignagers : elles n'ont pas moins été attentives à rechercher & empêcher celles qui pour-

roient être commiſes par les lignagers contre les acheteurs, en exerçant contre eux, ſous leur nom, mais pour une perſonne étrangere, le retrait lignager qu'ils n'ont droit d'exercer que pour eux-mêmes.

Pluſieurs Coutumes ont prévu cette fraude, & ont donné à l'acheteur, lorſqu'il la pouvoit juſtifier, une action pour rentrer dans l'héritage qui a été retiré ſur lui : on appelle cette action, *action en répétition de retrait.*

§. I.

Ce que c'eſt que l'action en répétition de retrait; & en quel cas elle a lieu.

526. L'action en répétition de retrait eſt une action reſciſoire de l'adjudication ou de la reconnoiſſance du retrait, fondée ſur le dol du lignager, & de l'étranger à qui il a prêté ſon nom pour exercer le retrait.

Elle eſt en même temps *actio utilis in rem*, car l'adjudication ou reconnoiſſance du retrait, & l'aliénation que l'acquéreur a faite de ſon héritage au retrayant, étant par cette action reſcindées, il eſt cenſé en être demeuré propriétaire, & avoir par conſéquent le droit de le revendiquer par cette action.

Au reſte, c'eſt *actio utilis* ſeulement; car dans la vérité l'acquéreur, en délaiſſant au faux retrayant l'héritage, *quamvis ex causâ erroneâ*, a aliéné cet héritage, ayant eu véritablement l'intention d'en abandonner la propriété au retrayant.

527. Dans les Coutumes qui accordent cette action à l'acquéreur ſur qui on a exercé un retrait frauduleux, il ne peut être douteux que l'acquéreur n'a pas beſoin de ſe pourvoir par lettres de reſciſion. Il n'eſt pas néceſſaire d'avoir recours au Prince pour obtenir la reſciſion de quelqu'acte, lorſque la loi l'accorde elle-même, & donne une action pour cet effet. Dans les Coutumes qui n'ont pas de diſpoſition ſur cette répétition de retrait, comme dans celle de Paris, & dans notre Coutume d'Orléans, la queſtion pourroit ſouffrir plus de difficulté.

Cette action naît de la fraude concertée entre le lignager & la perſonne à qui le lignager a prêté ſon nom pour exercer le retrait & lui faire paſſer l'héritage; l'acquéreur, pour réuſſir dans l'action de répétition de retrait, doit établir cette fraude.

Cette fraude ſeroit pleinement juſtifiée, ſi on trouvoit ſous un ſcellé le traité fait entre le lignager & la perſonne à qui il a prêté ſon nom.

Pourroit-on admettre la preuve teſtimoniale de cette fraude ? Aucune loi ne la défend; néanmoins elle ne doit pas s'admettre indiſtinctement, mais ſeulement lorſqu'il y a déja de fortes préſomptions qui font un commencement de preuve.

Quelques Coutumes préſument cette fraude, lorſque le lignager qui a exercé le retrait, a revendu dans l'année l'héritage qu'il a retiré. Anjou, 398; Maine, 498; Tours, 171.

Hors ces Coutumes, je ne penſe pas que la proximité du temps dans lequel le lignager a revendu à un étranger l'héritage qu'il a retiré, ſoit ſuffiſante pour faire

faire préſumer cette fraude; il a pu retirer de bonne foi pour ſon compte, & peu après s'être trouvé dans des circonſtances qu'il ne prévoyoit pas, & dont il n'eſt pas obligé de rendre compte, qui l'ont porté à revendre l'héritage qu'il a retiré: il a pu ſe dégoûter de cet héritage & changer d'avis. Mais lorſque cette circonſtance de la proximité du temps concourt avec d'autres circonſtances, elle peut contribuer à la faire préſumer: cela doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge. Au défaut de preuve, l'acquéreur qui intente cette action peut déférer à celui à qui le lignager a revendu l'héritage, le ſerment déciſoire, s'il n'eſt pas vrai qu'il y a eu entre le lignager & lui une convention, ſuivant laquelle le lignager, en exerçant le retrait, n'a fait que lui prêter ſon nom pour lui faire paſſer l'héritage.

528. L'effet de cette action eſt que lorſque la fraude eſt conſtatée, le défendeur qui eſt celui à qui le lignager a revendu l'héritage, ſans avoir égard à l'adjudication ou reconnoiſſance du retrait qui doit être déclarée nulle & frauduleuſement obtenue, ni en conſéquence à la vente qui lui en a été faite par le retrayant, doit être condamné à rendre l'héritage au demandeur, qui eſt l'acheteur ſur qui le retrait a été exercé, à la charge par ce demandeur de rendre les ſommes qui lui ont été rembourſées par le retrayant; car le retrait n'ayant pas lieu, il n'a aucun ſujet de les retenir.

529. Obſervez que l'acheteur demandeur en répétition du retrait n'étant obligé à cette reſtitution des ſommes qu'il a reçues du retrayant que par la regle d'équité qui ne permet pas que perſonne profite & s'enrichiſſe aux dépens d'un autre, *Neminem æquum eſt cum alterius detrimento locupletari*, il n'en eſt tenu qu'autant qu'il en a effectivement profité. C'eſt pourquoi s'il étoit juſtifié qu'il n'en a pas profité, comme dans le cas auquel ces ſommes auroient été payées à ſon tuteur qui auroit fait banqueroute avant que de lui avoir rendu compte, il ne ſeroit pas tenu à cette reſtitution, & il lui ſuffiroit de céder les actions qu'il a pour ces ſommes contre ſon tuteur; mais à moins que le contraire ne ſoit juſtifié, il eſt préſumé en avoir profité; *Vide in Pand. Juſtin., Tit. de cond. indeb. n.* 46.

530. L'acheteur demandeur en répétition de retrait ayant eu la jouiſſance du prix de l'héritage qui lui a été rembourſé par le retrayant, il en doit être fait compenſation avec celle de l'héritage qui a été retiré ſur lui.

SECONDE PARTIE.

Du Droit de Retrait conventionnel, & du Droit de Retrait ſeigneurial, conféré avec le Droit de Retrait lignager.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

531. NOUS avons vu au commencement de ce Traité, qu'il y avoit trois principales eſpeces de droits de retrait, le lignager, le ſeigneurial & le conventionnel. Nous avons traité ſuffiſamment du lignager en la premiere Partie : il nous reſte à dire quelque choſe dans celle-ci des deux autres eſpeces de droit de retrait.

Par droit de retrait conventionnel, nous n'entendons pas ici le droit de réméré que nous avons expliqué en notre Traité du Contrat de Vente, *p.* 5, *ch.* 2, *ſect.* 3. Quoiqu'on donne auſſi quelquefois à ce droit de réméré le nom de *retrait conventionnel*, nous entendons ici par le nom de retrait conventionnel, le droit qui naît d'une convention appoſée lors de l'aliénation qui a été faite de l'héritage, par laquelle celui qui l'a aliéné a ſtipulé que lui & ſes ſucceſſeurs auroient le droit toutes les fois que l'héritage ſeroit vendu, ſoit par l'acquéreur, ſoit par ſes ſucceſſeurs, d'avoir la préférence ſur les acheteurs, & de prendre leur marché.

532. Il n'eſt pas néceſſaire pour avoir ce droit de retrait conventionnel, d'avoir la ſeigneurie directe de l'héritage qui y eſt ſujet : celui qui n'a pas la ſeigneurie directe de ſon héritage & qui le tient à cens, peut en l'aliénant, ſe réſerver le droit de retrait conventionnel ; & pareillement celui qui retient en fief, peut par l'aliénation qu'il en fait, en ſe déſaiſiſſant de ſa ſeigneurie directe, ſe réſerver néanmoins ce droit de retrait conventionnel.

533. Le droit de retrait ſeigneurial eſt le droit qu'a le Seigneur en ſa qualité de Seigneur, de prendre le marché de l'acquéreur, lorſque l'héritage mouvant de lui eſt vendu.

534. La nature de ce droit eſt différente, ſuivant les différentes Coutumes. Dans celles de Tours, Montargis, & quelques autres, ce droit n'eſt accordé aux Seigneurs que pour réunir à leur fief dominant celui qui en eſt mouvant lorſqu'il eſt vendu. C'eſt pourquoi dans ces Coutumes on doit le définir, le droit qu'a le Seigneur de prendre & réunir à ſon fief dominant, le fief qui en eſt mouvant, lorſqu'il eſt vendu, en indemniſant l'acquéreur de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir.

535. Dans les autres Coutumes, Dumoulin penſoit que quoique la réunion actuelle ne fut pas de l'eſſence du retrait féodal, *formalis unio non eſt de eſſentiâ retractûs feodalis* ; néanmoins il étoit de l'eſſence de ce retrait que le Sei-

gneur l'exerçât dans la vue de retenir l'héritage pour lui, & de le pouvoir réunir quand il le jugeroit à propos.

Selon la nouvelle Juriſprudence, la fin de la réunion n'eſt plus regardée comme eſſentielle au retrait ſeigneurial; le Seigneur peut l'exercer pour toute autre fin, ne fût-ce que pour en retirer de l'émolument & profiter du bon marché. C'eſt pourquoi on doit le définir aujourd'hui, le droit qu'a le Seigneur lorſque le fief mouvant de lui eſt vendu, de prendre le marché de l'acquéreur qu'il ne veut pas avoir pour vaſſal. Nous ne nous propoſons pas de donner un Traité du retrait ſeigneurial ou féodal, il y a un grand nombre de bons Traités ſur cette matiere, qui ſont entre les mains de tout le monde : nous en avons auſſi traité dans notre Introduction au Traité des Fiefs de la Coutume d'Orléans, *chap. 7*. Nous nous bornerons ici à remarquer ſommairement les convenances & les différences des trois eſpeces de retrait.

SECTION PREMIERE.

Convenances & différences ſur la nature des différens droits de retrait, & de la préférence entr'eux.

536. Ces différens droits conviennent en ce qu'ils conſiſtent dans le droit de prendre le marché de l'acheteur : ils different principalement, comme nous l'avons déja obſervé, *part. 1*, en ce que le droit de retrait lignager eſt une pure grace que la loi municipale accorde aux lignagers du vendeur, qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent juge à propos de vendre; au lieu que le droit de retrait conventionnel eſt un droit véritable, que celui à qui il appartient a dans l'héritage qui y eſt ſujet, qui n'a été aliéné que ſous cette charge.

Pareillement le droit de retrait ſeigneurial eſt un véritable droit qui appartient au Seigneur, comme renfermé dans le droit de ſeigneurie que le Seigneur a retenu par l'inféodation dans les héritages mouvans de lui.

537. Ce droit de retrait ſeigneurial s'appelle auſſi droit de retrait féodal, car c'eſt aux Seigneurs de fief que la plupart des Coutumes attribuent ce droit. Peu de Coutumes l'ont étendu aux Seigneurs de cenſive, comme nous le verrons *infrà*.

538. Ce droit de retrait féodal dans les Coutumes qui l'admettent, eſt un droit qui appartient à la nature des fiefs. C'eſt pourquoi, ſuivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n. 7*, il n'eſt pas néceſſaire qu'il en ſoit fait mention dans l'acte d'inféodation. Suivant ce principe, ſoit que cet acte d'inféodation n'exiſte plus, ſoit qu'il exiſte, & qu'il ne ſoit fait aucune mention par cet acte du droit de retrait féodal, le Seigneur ne laiſſe pas de devoir jouir de ce retrait; car le Seigneur, en concédant l'héritage à titre de fief, eſt cenſé s'être retenu tous les droits qui ſont de la nature des fiefs. Mais ſi ce droit étoit expreſſément exclus par l'acte d'inféodation, le Seigneur ne pourroit le prétendre; car ce droit eſt bien de la nature, mais il n'eſt pas de l'eſſence du fief.

539. Entre ces eſpeces de droits de retrait, lorſqu'ils ſe trouvent en con-

currence, le droit de retrait lignager, ſuivant la plupart des Coutumes qui forment le droit commun, l'emporte ſur le droit de retrait féodal.

La raiſon de douter eſt, que le droit de retrait lignager, comme nous venons de l'obſerver, n'étant qu'une grace de la Coutume, il ſembleroit que ce retrait devroit céder au féodal, qui eſt un véritable droit qu'a le Seigneur, renfermé dans ſon droit de ſeigneurie directe. Les Loix, lorſqu'elles accordent des graces, étant toujours cenſées les accorder ſans préjudice du droit des tiers, la raiſon de décider a été que par la nature de l'inféodation & de l'inveſtiture, le Seigneur, en concédant ſon héritage à titre de fief, ou en recevant en foi un acquéreur, eſt cenſé lui concéder le fief pour lui & pour toute ſa parenté. C'eſt pourquoi il ne peut refuſer d'en accorder le renouvellement d'inveſtiture à ceux de cette parenté, ni par conſéquent exercer ſur eux le retrait féodal, qui conſiſte, comme nous le verrons ci-après, dans le refus d'inveſtiture.

540. On a pouſſé ce principe juſqu'à décider que non-ſeulement le Seigneur féodal ne peut exercer le retrait féodal ſur les acquéreurs lignagers ou retrayans lignagers; mais que les lignagers peuvent exercer le retrait lignager ſur le Seigneur, lorſqu'il les a prévenus dans le retrait, ou même lorſque le Seigneur a acheté directement de leur parent. (*Voyez Orléans, art. 365, & les notes.*) La raiſon eſt, qu'il ne peut oppoſer aux lignagers qui exercent le retrait ſur lui, qu'il a dans ſa qualité de Seigneur un droit plus fort que le leur pour acquérir l'héritage; car ayant accordé l'inveſtiture pour toute la parenté de celui qu'il a inveſti, il n'a ce droit que vis-à-vis de ceux qui ne ſont pas de cette parenté; Molin. *Conſuet. Par.* §. 22, *n.* 1.

541. Au contraire, ſuivant le même Dumoulin, *ibid. n.* 3, le droit de retrait conventionnel l'emporte ſur le retrait lignager; car celui qui s'eſt réſervé ce droit, ſe l'étant réſervé indiſtinctement pour toutes les fois que l'héritage ſeroit vendu, ſans aucune diſtinction des perſonnes à qui il ſeroit vendu, il doit avoir lieu ſur les lignagers, de même que ſur les autres acquéreurs. L'aliénation qui a été faite de cet héritage au premier acquéreur, n'ayant été faite que ſous la charge de ce retrait conventionnel, lorſque l'héritage ſeroit vendu, cet acheteur ou ſes ſucceſſeurs qui l'ont revendu, n'en ayant été, lorſqu'ils l'ont revendu, propriétaires que ſous cette charge, ils n'ont pas pu en le vendant transférer à leurs lignagers qui l'ont acquis, ou directement ou indirectement par le retrait qu'ils ont exercé ſur l'acheteur, plus de droit qu'ils n'en avoient eux-mêmes, & par conſéquent les lignagers n'ont pu acquérir cet héritage, ſoit directement, ſoit par retrait, qu'à la charge de ſouffrir le retrait conventionnel.

542. Le retrait conventionnel eſt-il pareillement préférable au féodal, ou ſi c'eſt le féodal qui eſt préférable au conventionnel? On dira en faveur du retrait féodal, que celui qui exerce un retrait conventionnel, eſt vraiment acheteur en la place de celui ſur qui il l'exerce, & en cette qualité d'acheteur, ſujet à tous les droits ſeigneuriaux qui ont lieu en cas de vente, & par conſéquent au retrait féodal. On dit au contraire qu'il eſt vrai que celui qui a exercé le retrait conventionnel, eſt ſujet au profit de lods & ventes, mais qu'il ne faut pas toujours argumenter des lods & ventes au retrait féodal; que les lignagers

qui exercent le retrait lignager, ſont ſujets au profit de vente, ſans néanmoins être ſujets au retrait féodal : qu'on peut pareillement ſoutenir que celui qui a exercé le retrait conventionnel, quoiqu'il ſoit ſujet au profit de vente, ne doit pas être ſujet au retrait féodal ; parce qu'ayant été, ou celui au droit duquel il eſt, le vaſſal du Seigneur, & n'ayant ceſſé de l'être que dans l'eſpérance de le redevenir par la clauſe de retrait conventionnel appoſée à l'aliénation de ſon héritage, le Seigneur auroit mauvaiſe grace à le refuſer pour vaſſal ; d'ailleurs il peut oppoſer, *ſi vinco vincentem te, à fortiori vinco te.* Je ſuis, dira-t-il, préféré aux lignagers, comme nous l'avons vu ci-deſſus ; à plus forte raiſon je dois être préféré à vous, à qui les lignagers ſont préférés. Ce ſentiment paroît être celui de Dumoulin, *in Conſ. Par.*, §. 33, *gl.* 2, *n.* 53 : il poſe pour maxime que *retractus conventionalis excludit legalem ut dictum eſt*, §. 22, *n.* 4, *etiam retractum proximitatis excluderet ; multò fortiùs feudalem.* Il eſt vrai que Dumoulin, dans cet endroit, traite du droit de réméré ; mais il poſe cette maxime comme une maxime générale, qui comprend les différentes eſpeces de retrait conventionnel, & par conſéquent celle qui conſiſte dans le droit de prendre le marché de l'acheteur lorſque la choſe eſt vendue, dont il a traité en ſa gloſe ſur l'article 22 ; c'eſt ce qui réſulte évidemment de ces termes *ut dictum eſt*, §. 22, *&c.*

Il y a néanmoins des Juriſconſultes qui penſent que cette eſpece de retrait conventionnel ne doit avoir la préférence ſur le droit de retrait féodal, que lorſque ce droit de retrait conventionnel eſt limité, ou à la perſonne de celui qui a aliéné l'héritage, ou à un certain temps ; & qu'il ne doit pas l'avoir lorſque c'eſt un droit perpétuel ; parce qu'il ne doit pas être au pouvoir du vaſſal, en impoſant la charge d'un droit perpétuel de retrait conventionnel ſur ſon héritage, de donner une atteinte conſidérable au droit de retrait du Seigneur : c'eſt l'avis de M. R.

543. Lorſque par l'acte d'inféodation il y a une clauſe expreſſe qui porte que toutes les fois que le fief ſera vendu par le vaſſal, le Seigneur pourra le retirer ſur l'acheteur, le droit de retrait qui réſulte de cette clauſe, n'eſt pas un ſimple droit de retrait féodal, mais un droit de retrait conventionnel qui doit donner la préférence au Seigneur ſur les lignagers ; *Molin.* §. 22, *n.* 4. Il en ſeroit autrement ſi l'acte d'inféodation portoit ſeulement que l'héritage eſt concédé, *à la charge de la foi & hommages, des profits, droits de retrait & autres charges portées par les Coutumes :* le droit de retrait porté par cette clauſe, n'eſt que le droit ordinaire du retrait féodal qui doit céder au lignager.

544. Lorſque vous avez acquis de moi un héritage, à la charge que moi & mes ſucceſſeurs aurions le droit de retrait toutes les fois qu'il ſeroit vendu, & que vous (ou quelqu'un de vos ſucceſſeurs) l'avez vendu à Pierre avec pareille clauſe ; que lorſque l'héritage ſeroit vendu, vous auriez le droit de retrait. Il n'eſt pas douteux que lorſque l'héritage ſera vendu par Pierre ou ſes ſucceſſeurs, moi & mes ſucceſſeurs vous ſeront préférés, & à vos ſucceſſeurs pour le droit de retrait ; car en vous retenant un droit de retrait ſur l'héritage, lorſque vous l'avez vendu à Pierre, vous n'avez pas pu préjudicier à celui que moi & mes ſucceſſeurs y avions, & à la charge duquel vous tenez vous-même l'héritage.

Ne pouvoit-on pas dire de même, que lorſque j'ai vendu mon fief à la charge

du droit de retrait lorſqu'il ſeroit vendu, je n'ai pu préjudicier au droit de retrait du Seigneur ? Non : la raiſon de différence eſt que lorſque le Seigneur m'a inveſti de mon fief, il m'a donné le droit d'en jouir & d'en diſpoſer de telles manieres & à telles charges que bon me ſembleroit, & par conſéquent d'en diſpoſer même à la charge de ce retrait, étant donc cenſé avoir tacitement approuvé cette convention de retrait, il n'en peut empêcher l'exécution en exerçant le retrait féodal; & ſon droit de retrait féodal doit céder au conventionnel, comme nous l'avons vu *ſuprà*.

SECTION II.

Convenances & différences ſur la nature de l'action qui naît des différens droits du retrait.

545. Le droit de retrait lignager n'étant qu'une grace que les Coutumes accordent aux lignagers qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent a vendu, il s'enſuit que l'action qui en réſulte ne peut être qu'une action perſonnelle qui naît de l'obligation que l'acquéreur, en acquérant, a contractée de céder aux lignagers ſon marché, s'ils jugeoient à propos de le retirer, laquelle obligation eſt formée par la loi municipale : elle eſt néanmoins perſonnelle-réelle, parce que la loi affecte l'héritage à l'accompliſſement de cette obligation.

Au contraire le droit de retrait féodal, & le droit de retrait conventionnel étant des droits réels, que celui à qui ils appartiennent a dans l'héritage qui y eſt ſujet, & qui ont été retenus par l'inféodation ou par l'aliénation de l'héritage, on peut dire que l'action qui réſulte de ces droits de retrait, lorſqu'il y a ouverture, eſt une eſpece d'action réelle qui a néanmoins les concluſions de l'action perſonnelle; car le retrayant *interdit rem ſibi dare oportere.*

546. Nous avons vu ci-deſſus, *part.* 1, *chap.* 2, que l'action de retrait lignager n'étoit pas ceſſible. Au contraire l'action de retrait conventionnel eſt ceſſible; car le droit de retrait conventionnel & l'action qui en réſulte, n'ont d'autre fin que de profiter du bon marché, lorſque l'héritage ſujet à ce droit eſt vendu, cette action fait partie des biens de celui à qui elle appartient, & il peut en diſpoſer comme de tous ſes autres biens.

L'action de retrait féodal a ſouffert autrefois plus de difficulté. Dumoulin penſoit qu'elle n'étoit pas ceſſible; mais aujourd'hui, ſi vous exceptez quelques Coutumes, comme Tours, Montargis qui n'accordent le droit de retrait féodal que pour réunir au fief dominant celui qui a été vendu, & dans leſquelles il eſt évident que l'action de retrait féodal ne peut être ceſſible; dans toutes les autres, la Juriſprudence du Parlement de Paris eſt conſtante que le Seigneur peut céder à qui bon lui ſemble ſon action de retrait féodal : *nec obſtat* que le retrait féodal renfermant un refus que le Seigneur fait d'inveſtir l'acquéreur ſur qui le retrait s'exerce : il ſemble qu'il n'y a que le Seigneur à qui ſeul appartient d'accorder l'inveſtiture, qui puiſſe la refuſer & exercer le retrait féodal; car par la ceſſion que le Seigneur fait de ſon action, & par le retrait que les ceſſionnaires du Seigneur exercent comme étant à ſes droits, *& tanquam ejus procuratores in rem ſuam*, le Seigneur refuſe l'inveſtiture à l'acquéreur ſur qui le retrait eſt exercé, autant que s'il

exerçoit le retrait pour lui-même. Sur la Juriſprudence des différens Parlemens, à cet égard, voyez les obſervations ſur Henrys, *tom. I, liv. 3, chap. 3, queſt. 16.*

547. L'action de retrait lignager, comme nous l'avons vu, Partie premiere, n'appartenant à aucune perſonne de la famille *determinatè*, juſqu'à ce qu'elle ait été intentée, ne ſe tranſmet aux héritiers du lignager que lorſqu'il meurt après l'avoir intentée. Au contraire, l'action de retrait féodal & celle de retrait conventionnel ſont tranſmiſſibles aux héritiers de celui à qui elles appartiennent, quoiqu'elles n'aient pas encore été intentées.

548. Lorſque la ſeigneurie eſt un propre, ou lorſque le fonds d'un droit de retrait conventionnel qui m'appartient eſt un propre, l'action de retrait féodal, ou de retrait conventionnel qui a été ouverte à mon profit, ſe tranſmet-elle à mon héritier aux propres, ou à mon héritier aux acquêts? On peut dire en faveur de l'héritier aux acquêts, que ſi j'étois mort après avoir exercé ce retrait, l'héritage que j'aurois retiré auroit été en ma perſonne un acquêt, puiſque mon titre immédiat auroit été le contrat de vente qui en a été fait à la perſonne ſur qui j'ai exercé le retrait, aux droits de laquelle j'ai été ſubrogé: donc, dira-t-on, l'action de retrait qui doit ſe terminer à cet héritage, doit être conſidérée comme un acquêt, l'action devant ſuivre la nature de la choſe à laquelle elle ſe doit terminer. Quoique le fonds du droit de retrait fût propre, il ne s'enſuit pas que le droit qui en nait ſoit pareillement propre: cette action étant quelque choſe de diſtingué du fonds du droit dont elle eſt née, comme la fille l'eſt de la mere, elle peut avoir une qualité différente. Enfin il n'y a que les choſes qui nous ſont avenues par ſucceſſion, qui ſoient des propres. Le fond du droit de retrait m'eſt bien avenu par ſucceſſion, mais l'action de retrait qui en eſt née, & qui, comme nous l'avons obſervé ci-deſſus, eſt quelque choſe de diſtingué du fonds du droit de retrait, ne m'eſt pas avenue par ſucceſſion; le titre en vertu duquel elle m'appartient, eſt le titre *pro ſuo*; c'eſt celui par lequel le propriétaire d'une choſe acquiert les fruits & tout ce qui naît de cette choſe.

Nonobſtant ces raiſons, je penſe qu'on doit décider que l'héritier aux propres qui ſuccede à la ſeigneurie & au fonds du droit de retrait féodal qui y eſt attaché, doit auſſi ſuccéder à l'action. La raiſon eſt, que l'action de retrait féodal qui renferme un refus d'inveſtir l'acquéreur ſur qui le retrait s'exerce, ne pouvant s'exercer par conſéquent que par le Seigneur, ou par ſes ceſſionnaires par leſquels ce Seigneur eſt cenſé lui-même l'exercer, cette action, juſqu'à ce qu'elle ſoit exercée, eſt inſéparable de la ſeigneurie: il n'y a donc que l'héritier aux propres qui ſuccede à la ſeigneurie, qui *puiſſe ſucceder* à cette action qui s'y trouve attachée. Inutilement l'héritier aux acquêts ſuccéderoit-il à cette action de retrait féodal, puiſque ne ſuccédant pas à la ſeigneurie, il ſeroit incapable d'exercer ce retrait qui ne peut l'être que par le Seigneur lui-même à qui il appartient d'accorder ou de refuſer l'inveſtiture, ou par ſes ceſſionnaires qui le repréſentent.

Il n'en eſt pas de même de l'action de retrait conventionnel, quoique le fonds du droit de retrait conventionnel ſoit propre & que l'héritier aux propres y ſuccede; l'action de retrait conventionnel qui eſt née de ce droit par la vente qui y a donné ouverture, n'étant point inſéparable du fond du droit, l'héritier aux acquêts y doit ſuccéder.

549. Quoique réguliérement l'action de retrait conventionnel ſoit ceſſible & tranſmiſſible aux héritiers de celui à qui elle appartient, néanmoins elle pourroit n'être ni ceſſible ni tranſmiſſible, ſi telle avoit été la volonté des parties lors de la convention ; car comme c'eſt elle qui forme le droit de retrait conventionnel, elle en doit régler la nature.

550. Si la convention portoit, *à la charge* que *lorſque l'héritage ſera vendu par l'acheteur ou ſes ſucceſſeurs, le vendeur* SEUL *aura le droit de le retirer*, il eſt clair que ce terme *ſeul* exclut la ceſſibilité de ce droit & de l'action qui en naît ; mais exclut-il de même la tranſmiſſibilité ? Tiraqueau après avoir rapporté les ſentimens d'un grand nombre d'Auteurs pour & contre, décide fort bien que ce terme *ſeul* n'a d'autre ſens ſinon que le vendeur ne pourra céder ſon droit ; mais que ce terme n'empêche pas que ce droit de retrait ne paſſe aux héritiers du vendeur, tant médiats qu'immédiats : ces héritiers étant ſucceſſeurs *in univerſum jus defuncti*, ils ſuccedent à cette qualité de *vendeur* à laquelle le droit de retrait a été réſervé.

551. Il faudroit décider autrement ſi par le contrat d'aliénation que Pierre a fait de ſon héritage, il étoit dit que *Pierre ſeul* pourroit, lorſque l'héritage ſeroit revendu, en exercer le retrait. Le droit en ce cas ne ſeroit ni ceſſible ni tranſmiſſible aux héritiers de Pierre ; car c'eſt à la perſonne naturelle de Pierre, en ce cas, que le droit de retrait auroit été retenu ; & les héritiers de Pierre, quoiqu'ils ſuccedent aux droits de Pierre & à ſa perſonne civile, ne ſont pas néanmoins *Pierre*.

552. Ce que nous avons dit à la fin du Chapitre 2, ſur la diviſibilité de l'action de retrait lignager, peut s'appliquer au ſeigneurial & au conventionnel.

SECTION III.

Convenances & différences ſur les choſes ſujettes au droit de retrait.

553. Les trois eſpeces de droit de retrait conviennent en ce qu'il n'y a que des immeubles qui puiſſent être ſujets au droit de retrait ; les meubles n'en ſont pas ſuſceptibles, ſi ce n'eſt quelquefois lorſqu'ils ſont partie du marché d'un immeuble.

C'eſt pourquoi, ſi par la vente que je vous ai faite d'un certain meuble, j'étois convenu, qu'en cas de revente, moi & mes ſucceſſeurs, aurions la préférence ſur tout autre acheteur ſur lequel nous aurions droit de retrait, il réſulteroit bien de cette convention une obligation perſonnelle de votre part ; & dans le cas auquel, contre la foi de cette convention, vous auriez vendu à quelqu'un cette choſe ſans m'offrir la préférence, j'aurois une action perſonnelle contre vous pour me faire délaiſſer cette choſe pour le même prix pour lequel vous l'avez vendue, dans le cas auquel elle ſeroit encore pardevers vous, ou une action en dommages & intérêts, dans le cas auquel la tradition en auroit été faite : mais il ne réſulteroit de cette convention aucun droit de retrait que je puſſe exercer contre l'acheteur. La raiſon eſt, que ſelon les principes de notre Juriſprudence Françoiſe, établie pour la facilité du commerce, les choſes mobiliaires ne ſont ſuſceptibles d'aucuns droits réels qui puiſſent

puiſſent être ſuivis contre des tiers. C'eſt par cette raiſon qu'ils n'ont pas de ſuite par hypotheque. Par la même raiſon ils ne peuvent être, par une convention, chargés d'un droit de retrait conventionnel qui puiſſe être pourſuivi contre des tiers.

554. Les trois eſpeces de retrait different ſur les choſes qui y ſont ſujettes, en ce qu'il n'y a que les héritages propres qui ſoient ſujets au retrait lignager dans la plupart des Coutumes, comme nous l'avons vu amplement au Chapitre III. Dans les deux autres eſpeces de retrait, la qualité de propre n'eſt d'acune conſidération. Les choſes ſujettes au retrait féodal, ſont les choſes tenues en fief du Seigneur à qui le droit appartient ; les choſes ſujettes au retrait conventionnel, ſont les héritages qu'on eſt convenu qui y ſeroient ſujets lors de l'aliénation qui en a été faite.

555. Obſervez qu'il n'y a que le fief même qui ſoit ſujet au retrait féodal, qu'il n'y a que la vente qui eſt faite du fief même, qui puiſſe donner ouverture à ce droit, de même qu'aux lods & ventes ; ſur quoi voyez ce que nous avons dit en notre Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, *chap.* 5, *art.* 3, où nous renvoyons pour ne pas répéter.

556. La diſpoſition de l'article 395 de notre Coutume d'Orléans, que nous avons rapportée *ſuprà*, *n.* 70, qui rend ſujet au retrait lignager tout ce qui a été vendu par un même marché & pour un même prix avec le propre qui y eſt ſujet, étant une diſpoſition contraire au Droit commun, ne doit pas être étendue au retrait féodal ni au retrait conventionnel. C'eſt pourquoi, même dans cette Coutume, celui qui a droit de retrait féodal ou de retrait conventionnel, ne peut exercer le retrait que des héritages qui y ſont ſujets, & non du ſurplus de ce qui eſt compris au marché.

557. Néanmoins dans toutes ces eſpeces de retrait, il eſt équitable que le retrayant puiſſe retirer des meubles aratoires, ſervans à l'exploitation de l'héritage ſujet au retrait, qui ont été vendus par un même marché avec cet héritage, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 68.

SECTION IV.

Convenances & différences ſur les contrats qui donnent ouverture au Retrait.

558. Ce que nous avons dit des contrats qui donnent ou ne donnent pas ouverture au retrait lignager, convient & peut être étendu au retrait féodal & au retrait conventionnel, à moins qu'il ne ſe trouvât dans les titres quelque clauſe particuliere qui étendit ce droit de retrait à d'autres contrats qu'à ceux qui donnent ouverture au retrait lignager, ou qui en exclût quelqu'un de ceux qui y donnent ouverture.

559. Notre principe reçoit une autre exception dans les Coutumes qui décident que les ventes par décret ne ſont pas ſujettes au retrait. Cette déciſion doit être reſtreinte au retrait lignager, & ne doit pas s'étendre au retrait féodal & au conventionnel. La raiſon de différence eſt, que le retrait lignager n'étant qu'une grace fondée ſur la faveur de la conſervation des héritages dans

les familles, la loi ne fait point de tort aux lignagers en ne leur accordant point cette grace dans les ventes par décret, qu'une autre raiſon de faveur pour le débiteur ſaiſi porte à exempter du retrait, pour faire trouver plus d'enchériſſeurs ; mais le retrait féodal auſſi bien que le conventionnel, n'étant pas une pure grace, mais un droit véritable, la faveur que mérite le débiteur ſaiſi n'eſt pas une raiſon ſuffiſante pour priver de leurs droits dans les ventes par décret, ceux à qui ce droit appartient. Voyez la note ſur l'article 400 de la Coutume d'Orléans. Obſervez que pour pouvoir exercer le retrait conventionnel ſur une vente par décret, il faut avoir formé oppoſition au décret. Faute de cette oppoſition, le décret auroit purgé & éteint le droit de retrait conventionnel, de même qu'il purge tous les autres droits : il en eſt autrement du retrait féodal, car le décret ne purge pas les droits ſeigneuriaux.

SECTION V.

De quand le contrat de vente donne-t-il ouverture au retrait féodal & au conventionnel.

560. Suivant la doctrine de Dumoulin, *in Conſ. Par.* §. 20, *gl.* 3, *n.* 4, *& ſeq.* Le contrat de vente, auſſi-tôt qu'il eſt parfait par le conſentement des parties, donne ouverture au retrait féodal de même qu'au profit, quoiqu'il n'ait pas encore été exécuté, & qu'il ne ſoit intervenu aucune tradition, ni réelle, ni même fictive. Voyez notre Introduction au titre des fiefs de la Coutume d'Orléans, *n.* 247.

Néanmoins, ſi la choſe étant entiere, & avant la tradition réelle de l'héritage, les parties contractantes s'étoient déſiſtées du contrat de vente, la vente ſeroit régardée comme non-avenue, & le retrait ceſſeroit d'avoir lieu.

Mais lorſque la vente a été exécutée par la tradition réelle, la rétroceſſion qui ſeroit faite depuis, de l'héritage au vendeur, ne priveroit pas le Seigneur du retrait féodal qui lui a été acquis, quoiqu'il ne l'eût pas encore exercé ; en cela le retrait féodal differe du lignager qui s'éteint par le retour de l'héritage à la famille avant que la demande en retrait ait été donnée. Voyez-en la raiſon, *ſuprà*, *n.* 475.

561. Il ne peut être douteux, à l'égard du retrait féodal, qu'il ne peut y avoir ouverture à ce retrait, tant que la condition ſuſpenſive ſous laquelle la vente a été contractée, n'eſt pas encore accomplie ; car il n'y a pas encore de vente, il y a ſeulement eſpérance qu'il y en aura une, ſi la condition exiſte : il n'y a pas, en conſéquence, ouverture au profit de vente, ni par conſéquent au retrait féodal, auquel il n'y a jamais ouverture que dans le cas où il y a ouverture au profit, quoique *contra vice versâ*, il y ait des cas où il y a ouverture au profit de vente, ſans qu'il y ait ouverture au retrait. Voyez ſur ces ventes conditionnelles, Dumoulin, §. 20, *gl.* 5, *queſt.* 4, *n.* 23, & notre Introduction au Titre des Fiefs, *chap.* 7, *art.* 3, où nous en avons donné un extrait.

562. Tout ce qui vient d'être dit dans ce paragraphe, à l'égard du retrait féodal, me paroît devoir avoir lieu pour le retrait conventionnel, à moins que les termes de la convention qui l'a établi ne renfermaſſent quelque choſe de contraire.

SECTION VI.

Des perſonnes à qui le droit de retrait ſeigneurial, & le droit de retrait conventionnel appartient.

563. Suivant le Droit commun des Coutumes, le droit de retrait ſeigneurial eſt accordé à tous les Seigneurs de fief; les Seigneurs de cenſive n'ont pas ce droit, ſi ce n'eſt dans un petit nombre de Coutumes qui le leur accordent.

Quelques Coutumes n'accordent pas même indiſtinctement à tous les Seigneurs de fief le droit de retrait, mais ſeulement aux Seigneurs Châtelains, ou d'une plus haute dignité.

Dans cette variété de Coutumes, c'eſt celle du lieu où eſt ſitué l'héritage qu'on prétend ſujet ou non ſujet au retrait ſeigneurial, qui doit décider s'il y eſt ſujet; car la ſujétion à ce retrait eſt une qualité de l'héritage que la Loi lui imprime: or il n'y a que celle à laquelle il eſt ſoumis, c'eſt-à-dire, celle dans le territoire de laquelle il eſt ſitué, qui puiſſe lui imprimer cette qualité; une Loi étrangere ne le peut, les Loix ne pouvant exercer aucun empire hors de leur territoire.

C'eſt pourquoi je ne puis approuver la diſtinction que fait Guyot en ſon Traité du retrait ſeigneurial, lorſqu'il dit, que ce retrait ſe regle à la vérité par la Coutume du fief ſervant pour la façon de l'exercer, & ſon exécution; mais que c'eſt celle du fief dominant qui doit régler le pouvoir de l'exercer; parce que ce droit eſt une qualité du fief dominant. Je réponds qu'il faut diſtinguer dans le fief dominant les choſes corporelles, & les droits incorporels dont il eſt compoſé: les choſes corporelles ſont le château & les héritages poſſédés en domaine par le Seigneur. Les droits incorporels ſont les droits de ſeigneurie directe ſur les héritages relevans en fief ou en cenſive du fief dominant. Ces droits ſont de même que les choſes corporelles, les parties intégrantes du fief dominant, & ces différentes parties ſont des choſes très-diſtinguées entre elles, qui ont chacune une nature & des qualités qui leur ſont propres. Lorſqu'on dit que le droit de retrait féodal eſt une des qualités du fief dominant, ce n'eſt pas du château, ni des autres parties corporelles du fief dominant que l'on entend parler, c'eſt de ces droits de ſeigneurie directe & de ſupériorité féodale ſur les héritages qui en relevent. Or, c'eſt un principe commun à tous les droits qu'on a ſur des héritages, que leur nature & leurs qualités ſe reglent par la Loi du lieu ou ſont ſitués les héritages ſur leſquels ces droits ſont à prendre, & qui ſont le *ſubjectum materiale* deſdits droits; donc les fiefs ſervans étant le *ſubjectum materiale* de ces droits de directe & de ſupériorité féodale, & étant la choſe ſur laquelle ils ſont à prendre, c'eſt la Loi du lieu où ſont ſitués les fiefs ſervans, qui doit régler la nature & les qualités de ces droits de directe & de ſupériorité féodale, & par conſéquent qui doit décider ſi le droit de retrait féodal eſt attaché à ces droits de directe, & qui en doit régler la nature.

Il n'y a que la forme de porter la foi qui doit ſe régler par la Loi du lieu où eſt ſitué le corps du fief dominant; parce que c'eſt en ce lieu qu'elle eſt

portée, & que c'eſt une regle que les formalités des actes ſe reglent par la Loi du lieu où ils ſe paſſent.

564. Il y a variété dans les Coutumes, ſur la queſtion, ſi l'Egliſe a le droit de retrait ſeigneurial ſur les héritages & autres droits mobiliaires relevans en fief de ſes ſeigneuries? Quelques Coutumes le lui refuſent, d'autres le lui accordent expreſſément; dans celles qui ne s'en expliquent pas, l'opinion commune étoit qu'elle devoit avoir ce droit de même que tous les autres Seigneurs; mais par l'Edit de 1749, elle a été, pour des raiſons politiques, privée de ce droit pour tout le Royaume; *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs, chap. 7, art. 3.*

565. Quelques Auteurs ont autrefois conteſté au Roi le droit de retrait ſeigneurial. Loyſel en fait une regle; mais ce ſentiment qui n'étoit appuyé d'aucune bonne raiſon, a été rejetté, & il ne lui eſt plus aujourd'hui conteſté.

566. Le droit de retrait conventionnel appartient à celui qui a retenu ce droit par l'aliénation qu'il a faite de ſon héritage, à ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs à ce droit. L'Edit de 1749, qui défend aux gens de main-morte d'acquérir à l'avenir des héritages, a fait naître la queſtion, ſi depuis cet Edit, ils peuvent exercer pour leur compte cette eſpece de retrait conventionnel que nous appellons dans notre Province d'Orléans *droit de refus* ſur les héritages qu'ils ont anciennement aliéné à cet héritage, lorſque ces héritages ſont vendus. J'ai oui dire que le Chapitre de ſaint Pierre-en-Pont d'Orléans, avoit été admis à exercer par Sentence du Châtelet de Paris, rendue en la préſente année 1762. Leurs moyens étoient que l'héritage leur ayant anciennement appartenu, ce n'étoit pas de leur part une nouvelle acquiſition, ni par conſéquent une contravention à l'Edit, lorſqu'ils en redeviennent propriétaires en vertu du droit de refus qu'ils s'y étoient retenu. J'aurois de la peine à me rendre à cette déciſion. J'avoue que lorſque des gens de main-morte en aliénant un héritage, y ont retenu un droit d'y entrer, tel qu'un droit de reverſion au bout d'un certain temps ou lors de l'événement d'une certaine condition, ou un droit de réméré, l'Edit de 1749, ne les empêche pas de rentrer dans cet héritage, lorſqu'il y a ouverture à ce droit, parce qu'en ce cas, ce n'eſt pas une acquiſition qu'ils font de cet héritage; ce n'eſt par aucun nouveau titre qu'ils en redeviennent propriétaires, mais par la réſolution & la ceſſation de l'aliénation qu'ils en avoient faite. Mais le droit de refus qu'on ſe retient ſur un héritage en l'aliénant, n'eſt pas proprement un *droit de rentrer* dans l'héritage; c'eſt le droit de l'acheter préférablement à celui à qui il aura été vendu. Celui qui exerce le droit de refus ne rentre pas dans l'héritage par une réſolution de l'aliénation qu'il en a faite, mais il l'acquiert & il l'achete véritablement: ſon titre d'acquiſition eſt la vente qui en a été faite à celui ſur qui il exerce le droit de refus, à l'achat duquel il eſt ſubrogé: il en doit les lods & ventes. Or ſi celui qui exerce un droit de refus, achete & acquiert véritablement l'héritage, c'eſt une conſéquence que les gens de main-morte ne peuvent plus, depuis l'Edit de 1749, l'exercer pour leur compte; puiſque cet Edit leur interdit tous achats & toutes acquiſitions d'héritages; cet Edit n'ayant fait aucune exception, ils ne peuvent pas prétendre que les acquiſitions des héritages qui leur ont appartenu autrefois, & pour leſquels ils ont conſervé un droit de refus, en doivent être exceptés.

567. L'Edit n'ayant pas privé expreſſément les gens de main-morte des droits de retrait conventionnel qui leur appartiennent, comme il les a privés de leur droit de retrait ſeigneurial, on ne peut leur conteſter le droit de pouvoir céder à des particuliers leur action de retrait conventionnel, lorſqu'il y a ouverture, pour être exercé par leſdits particuliers & au profit deſdits particuliers: les gens de main-morte ne contreviennent point par cette ceſſion à l'Edit, puiſque ce ne ſont point eux qui acquierent, mais des particuliers leurs ceſſionnaires, & que les biens ne ſont pas mis hors du commerce.

SECTION VII.

Par qui le retrait ſeigneurial & le retrait conventionnel peuvent-ils être exercés.

568. Quoique le retrait féodal auquel donne ouverture la vente du fief qui releve d'une certaine ſeigneurie, ſoit une eſpece de fruit civil de la ſeigneurie; néanmoins comme l'exercice de ce retrait renferme un refus d'accorder l'inveſtiture à l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce, & que le refus de l'inveſtiture ne peut être fait que par celui qui a le droit de l'accorder, il s'enſuit que ce retrait ne peut être exercé que par le Seigneur, ou par celui à qui il l'a cédé, qui l'exerce au nom du Seigneur, *& tanquam illius Procurator in rem ſuam*; & quoique ce retrait ſoit un fruit civil de la ſeigneurie, c'eſt une eſpece de fruit qui ne peut être perçu que par le Seigneur. C'eſt ce qui eſt fort bien expliqué par Guyot en ſon Traité des Fiefs.

De ce principe on a tiré pluſieurs corollaires. 1°. Que celui qui a aliéné la ſeigneurie, ne peut, depuis qu'il l'a aliénée, exercer le retrait féodal, quoique né pendant qu'il étoit Seigneur. 2°. L'uſufruitier de la ſeigneurie ne peut exercer le retrait féodal des fiefs relevans de cette ſeigneurie vendus pendant le temps de l'uſufruitier, ſi ce n'eſt comme Procureur légal à cet égard du Seigneur; & par conſéquent il ne peut l'exercer contre le gré du Seigneur.

Il ne peut l'exercer qu'à la charge de lui rendre après l'extinction de l'uſufruit le fief retiré, ſi le Seigneur veut l'indemniſer du coût du retrait; Molin. §. 20, *gl.* 1, *Q.* 2.

3°. Le mari ayant droit de recevoir en foi les vaſſaux de ſa femme, peut bien exercer le retrait féodal des fiefs relevans des ſeigneuries de ſa femme, mais il ne le peut qu'en ſa qualité de mari d'une telle, & pour le compte de ſa femme, *ad cauſam uxoris ſuæ.* C'eſt pourquoi lors de la diſſolution de la communauté le fief retiré doit demeurer à la femme, à la charge de la récompenſe envers la communauté; Molin. *ibid. n.* 47 & 48.

Il en eſt autrement du ſuſerain qui a exercé le retrait féodal d'un arriere-fief, vendu pendant qu'il tenoit en ſa main le fief de ſon vaſſal, dont cet arriere-fief étoit mouvant; il n'eſt pas obligé de le rendre à ſon vaſſal après la main-levée de la ſaiſie; car le droit en vertu duquel il en a exercé le retrait, n'eſt pas un droit qu'il tint de ſon vaſſal; Molin. *art.* 55, *gl.* 10, *n.* 44.

569. Il eſt évident que le principe que nous avons établi à l'égard du retrait féodal, ne reçoit aucune application au ſimple retrait conventionnel ou droit

de refus comme nous l'appellons ; c'eſt pourquoi les déciſions que nous avons tirées, comme des corollaires de ce principe, ne doivent pas être étendues au retrait conventionnel.

L'action de retrait conventionnel à laquelle donne ouverture la vente de l'héritage ſujet à ce droit, eſt un pur fruit civil du fond du droit de retrait conventionnel qui en eſt ſéparable & diſtingué comme la fille l'eſt de la mere ; cette action étant née lors de cette vente, & acquiſe à celui à qui la pleine propriété du fond du droit conventionnel appartient, elle continue de lui appartenir, quoiqu'il ait depuis aliéné le fond du droit de retrait conventionnel, à moins qu'il ne l'ait pareillement cédée à l'acquéreur ; & quoiqu'il ait ceſſé d'être propriétaire du fond du droit, rien n'empêche qu'il ne puiſſe exercer à ſon profit cette action.

Par la même raiſon, lorſque quelqu'un a l'uſufruit du droit de retrait conventionnel, les actions de retrait conventionnel auxquelles donnent naiſſance les ventes des héritages ſujets à ce droit, faites durant le temps de cet uſufruit, étant de purs fruits civils de ce droit, appartiennent entiérement à cet uſufruitier qui peut en diſpoſer, les céder à qui bon lui ſemblera, ou les exercer à ſon profit, même malgré le propriétaire du fond du droit de retrait, & ſans que l'uſufruitier ſoit tenu, après l'extinction de ſon uſufruit, de lui rendre les héritages qu'il aura retirés. Les héritiers de l'uſufruitier peuvent même, après l'extinction du droit d'uſufruit, exercer à leur profit les actions de retrait conventionnel, nées durant le temps de l'uſufruit.

Par la même raiſon, le mari étant uſufruitier des propres de ſa femme pendant le mariage, les actions de retrait conventionnel, nées pendant le mariage, auxquelles la vente de l'héritage ſujet à un droit de retrait conventionnel propre de ſa femme a donné ouverture, appartiennent entiérement au mari qui n'eſt point obligé de rendre à ſa femme, après la diſſolution du mariage, les héritages qu'il aura retirés.

A l'égard du retrait ſeigneurial que quelques Coutumes accordent aux Seigneurs de cenſive, le principe que nous avons établi pour le retrait féodal, peut recevoir quelque application par rapport à ce retrait ; car quoique les Seigneurs de cenſive n'accordent pas à leurs cenſitaires une inveſtiture telle qu'accordent les Seigneurs de fief à leurs vaſſaux, ils leur accordent une eſpece de ſaiſine, ils les agréent pour leurs cenſitaires. On peut donc pareillement dire que le retrait ſeigneurial que les Coutumes leur accordent, renferme un refus de les agréer pour cenſitaires, qui ne peut par conſéquent être exercé que par le Seigneur de cenſive, ou en ſon nom par ſon ceſſionnaire, & en conſéquence les déciſions que nous avons données pour le retrait féodal, comme des corollaires de ce principe, peuvent s'étendre à ce retrait ſeigneurial cenſuel.

SECTION VIII.

Des cauſes qui excluent du retrait conventionnel & du retrait ſeigneurial ; convenances & différences à cet égard, de ces retraits avec le retrait lignager.

570. Le Seigneur ne peut exercer le retrait ſeigneurial ſur la vente qu'il a faite, & il en eſt de même de celui qui a droit de retrait conventionnel. Ce que nous avons dit à cet égard en traitant du retrait lignager, *chap.* 15, *art.* 2, reçoit ici application.

571. Le retrait féodal étant établi par les Coutumes de même que le lignager, & le vendeur n'en étant pas garant, le Seigneur eſt admis au retrait féodal, quoiqu'il ſoit devenu l'héritier du vendeur, ou caution du vendeur.

Il n'en eſt pas de même du retrait conventionnel, le vendeur eſt obligé d'en garantir l'acheteur de même que de toutes les autres évictions, s'il n'a pas déclaré par le contrat que l'héritage étoit ſujet à ce retrait. Il ſuit de-là que lorſque la vente a été faite ſans cette déclaration, celui à qui le droit de retrait conventionnel appartient, n'eſt pas recevable à l'exercer, s'il eſt héritier pur & ſimple du vendeur ; ou s'il eſt caution de la vente ou héritier d'une caution, ſuivant la regle, *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Voyez *ſuprà* le Traité du Contrat Vente, part. 2, Sect. 2, art. 6.

572. Enfin le Seigneur eſt non-recevable dans retrait, lorſqu'il y a renoncé même tacitement, *putà*, en faiſant choix du profit de vente ou en recevant en foi l'acquéreur ; *Voyez ſur ce notre Introduction au Titre des Fiefs, ch. 7, art. 7.*

Pareillement celui à qui le droit de retrait conventionnel appartient, eſt cenſé avoir renoncé à l'action de retrait, lorſqu'il a accepté la reconnoiſſance de l'acheteur, ou lorſque le droit de retrait conventionnel étant accompagné de quelque rente fonciere ſur l'héritage, il donne quittance à l'acheteur de quelques arrérages de cette rente, ſans réſerve de ſon action de retrait.

573. Mais quoique celui qui a droit de retrait ſeigneurial, ou de retrait conventionnel ſur un héritage, ait autoriſé ſa femme à qui cet héritage appartenoit, pour le vendre ; quoiqu'il ait reçu le contrat de vente comme Notaire, ou qu'il y ait aſſiſté comme témoin ; quoiqu'il en ait pourſuivi la vente comme ſaiſiſſant ; quoiqu'il en ait fait l'adjudication en qualité de Juge, il n'eſt pas pour cela cenſé avoir renoncé à ſon droit de retrait, & il n'en eſt pas moins recevable à l'exercer ; Voyez ce que nous en avons dit en traitant du retrait lignager, *n.* 161, 164, 168.

574. Sur la queſtion, ſi le conſentement qu'a donné à la vente par le contrat, celui qui a droit de retrait, renferme une rénonciation à l'action de retrait ; Voyez ce que nous en avons dit ſur le retrait lignager, *ſuprà*, *n.* 164.

SECTION IX.

Sur qui peuvent s'exercer le retrait ſeigneurial & le conventionnel.

575. Le retrait ſeigneurial peut s'exercer ſur quelque acquéreur que ce ſoit, ſauf ſur l'acquéreur qui ſeroit lignager du vendeur, ſur lequel le Seigneur ne peut exercer le retrait des héritages qui ſont de la ligne dudit acheteur, comme nous l'avons vu *ſuprà n.* 539.

Mais ſi avec ceux-ci il y avoit d'autres fiefs qui ne fuſſent pas de la ligne dudit acheteur, quoique compris au même marché, le Seigneur pourroit exercer le retrait ſeigneurial des fiefs qui ne ſeroient pas de la ligne de l'acheteur.

576. Non-ſeulement lorſque l'acheteur eſt lui-même lignager du vendeur, mais lorſqu'il eſt conjoint par mariage & en communauté avec une femme qui eſt lignagere, ou lorſqu'il a des enfans qui ſont de la ligne, le Seigneur ne peut exercer ſur lui ce retrait ſeigneurial des héritages de cette ligne, & le Seigneur eſt obligé de le recevoir en foi pour leſdits héritages; mais il peut par l'acte de réception en foi, ſe réſerver le retrait dans le cas auquel par le partage de la communauté, l'héritage ſortiroit de la famille, ou dans le cas auquel l'eſpérance de le conſerver dans la famille, manqueroit; *putà*, par le prédécès des enfans lignagers; faute de cette réſerve, le Seigneur ne pourra plus exercer ce retrait. *Voyez* Guyot.

Contrà. Le retrait conventionnel peut s'exercer ſur quelque acheteur que ce ſoit, même ſur celui qui ſeroit le lignager du vendeur, même ſur le Seigneur qui auroit acquis le fief mouvant de lui; même ſur le Roi, lorſque l'acquiſition que le Roi en a faite n'eſt pas pour une cauſe d'utilité publique.

577. Les lettres que des gens de main-morte ont obtenues du Roi pour acquérir un héritage, n'empêchent pas qu'on ne puiſſe exercer ſur eux le retrait ſeigneurial ou le conventionnel, auſſi-bien que le lignager; car le Roi accorde ſes graces ſans préjudice du droit des tiers.

578. Le retrait féodal & le conventionnel auxquels la vente d'un héritage a donné ouverture, peuvent s'exercer, de même que le retrait lignager non-ſeulement ſur l'acheteur, mais ſur celui qui s'en trouve en poſſeſſion, à quelque titre qu'il lui ſoit paſſé, ſoit immédiatement de la perſonne de l'acheteur, ſoit médiatement.

579. Lorſque l'héritage dont la vente a donné ouverture au retrait féodal & conventionnel a été depuis revendu une ou pluſieurs fois, il eſt au choix du Seigneur ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, d'exercer le retrait ſur celle de toutes ces ventes qu'il choiſira, & qui lui ſera la plus avantageuſe, car chacune de ces ventes a donné ouverture à autant de différentes actions de retrait; *Voyez notre Introduction au Titre des Fiefs, n.* 249.

En cela ces retraits different du lignager, qui, quoiqu'il ne puiſſe exercer ſur les tiers détenteurs, ne peut néanmoins s'exercer que ſur la premiere vente qui a mis l'héritage hors de la famille.

SECTION X.

Comment doivent s'exercer le retrait ſeigneurial, ou le conventionnel; convenances & différences à cet égard de ces retraits avec le retrait lignager.

380. On peut, ſur cette queſtion, ſuppoſer deux cas; le premier, lorſque tous les héritages compris au marché relevent d'une même ſeigneurie, ou ſont ſujets au même droit de retrait conventionnel; le ſecond, lorſqu'il n'y en a qu'une partie.

PREMIER CAS.

581. Lorſque tous les héritages compris au même marché relevent d'une même ſeigneurie, ou ſont ſujets au même droit de retrait conventionnel; en ce cas ces retraits ne peuvent s'exercer pour partie, le retrayant doit prendre tout le marché. C'eſt pourquoi il ne peut y avoir de difficulté en ce cas que ſur la queſtion de fait, s'il n'y a eu qu'un ſeul marché, qui n'ait donné lieu qu'à une ſeule action de retrait, ou s'il y en a eu pluſieurs qui aient donné lieu à pluſieurs actions, dont l'une pourroit être exercée ſans les autres.

Tout ce que nous avons dit pour le retrait lignager, *p.* 1, *chap.* 6, *premier cas*, reçoit pour ce cas une entiere application.

SECOND CAS.

582. Lorſqu'il n'y a qu'une partie des héritages compris dans un marché, qui releve d'une certaine ſeigneurie, ou qui ſoit ſujette à un certain droit de retrait conventionnel, non-ſeulement le Seigneur n'a le droit de retirer que ce qui releve de ſa ſeigneurie; & celui qui a droit de retrait conventionnel, n'a le droit de retirer que ce qui eſt ſujet à ce droit; mais ils ne peuvent être obligés par l'acquéreur à retirer le ſurplus, quoique cet acquéreur n'eût voulu acquérir l'un ſans l'autre, & en cela ces retraits ſont différens du lignager. Nous avons rapporté la raiſon de cette différence, *ibid. n.* 209.

583. Le Seigneur qui exerce le retrait ſeigneurial des fiefs relevans d'une certaine ſeigneurie, n'eſt pas obligé de retirer le ſurplus des fiefs compris au même marché, relevans des autres ſeigneuries, quoique toutes ces ſeigneuries lui appartiennent; car il a autant d'actions de retrait ſeigneurial, diſtinguées les unes des autres, qu'il y a de différentes ſeigneuries d'où ces différens fiefs relevent, & il peut exercer l'une de ces actions, & abandonner les autres; Molin. §. 20, *gl.* 1, *n.* 54.

Il en eſt de même du retrait conventionnel.

SECTION XI.

Du temps dans lequel le retrait ſeigneurial & le conventionnel doivent être exercés.

584. Le retrait ſeigneurial & le conventionnel different entiérement du lignager ſur le temps dans lequel ils doivent être exercés.

Selon la Coutume de Paris, *art.* 20, le Seigneur doit exercer le retrait féodal *dans quarante jours apres qu'on lui a notifié la vente & exhibé les contrats, & d'iceux baillé copie.*

Si l'exhibition n'avoit pu lui être faite parce qu'il n'auroit pas été trouvé au chef-lieu ou chez lui, lorſqu'il s'y eſt tranſporté pour lui faire cette exhibition, le temps de quarante jours ne laiſſeroit pas de courir, ſuivant la regle de Droit: *In omnibus cauſis pro facto id accipitur quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat;* L. 39, ff. *de R. J.*

Selon notre Coutume d'Orléans, *art.* 49, le Seigneur doit exercer le retrait féodal dans les quarante jours, depuis les offres de foi; elle n'oblige l'acheteur à l'exhibition de ſon contrat que *s'il en eſt requis.* C'eſt pourquoi lorſqu'il a fait ſes offres, quoiqu'il n'ait pas exhibé ſon contrat, le temps de quarante jours ne laiſſe pas de courir; mais ſi dans ledit temps l'exhibition eſt requiſe, le temps ceſſera de courir juſqu'à ce qu'il ait fait l'exhibition; & après qu'il l'aura faite, le temps continuera de courir pour ce qui en reſtoit à courir, lorſqu'elle a été requiſe.

585. Lorſque le Seigneur à qui la notification a été faite, eſt mort pendant ce temps de quarante jours, ſon héritier ne doit avoir pour exercer le retrait que ce qui reſtoit à courir de ce temps lors de ſa mort; mais ce temps eſt interrompu & ceſſe de courir juſqu'à ce que cet héritier ait ſçu ou pu ſçavoir la notification faite au défunt; Molin. §. 20, *gl.* 12, *n.* 7.

586. Ce temps de quarante jours court contre le Seigneur quoique mineur, il eſt fatal de même que l'an du retrait lignager.

587. Tant que l'acheteur ne ſatisfait pas à ce que les Coutumes exigent pour faire courir ce temps, le Seigneur peut toujours exercer le retrait ſeigneurial, & il n'en peut être exclus que par la preſcription ordinaire de trente ans, qui a lieu contre tous les droits & actions dont le temps n'eſt pas limité.

588. A l'égard du retrait conventionnel, s'il n'eſt rien porté par la convention, l'acheteur, après avoir notifié ſon acquiſition à celui à qui ce droit de retrait appartient, doit l'aſſigner pour voir dire qu'il ſera tenu d'exercer ſi bon lui ſemble, dans le temps qui lui ſera fixé par le Juge, le retrait qu'il a droit d'exercer, ſi-non que faute par lui de l'exercer dans ledit temps, il en demeurera de plein droit déchu pour cette fois.

Le Juge, ſur cette aſſignation, doit lui fixer un temps qui doit être court, *putà* un temps de quarante jours, tel que celui que les Coutumes ont réglé pour le retrait ſeigneurial.

S'il laiſſe paſſer le temps fixé par cette ſentence, ſans déclarer qu'il entend exercer le retrait, l'acheteur doit prendre une ſeconde ſentence qui l'en déclare déchu purement & ſimplement pour cette fois.

On pourroit peut-être même ſoutenir qu'il ne ſeroit pas difficile d'obtenir une ſeconde ſentence, ſur-tout s'il étoit porté par la premiere, que celui à qui le droit appartient, faute de l'exercer dans le temps qui lui eſt fixé, ſeroit de plein droit déchu, ſans qu'il fût beſoin d'autre jugement: mais il eſt plus sûr de prendre une ſeconde ſentence.

SECTION XII.

De la forme en laquelle s'exerce le retrait ſeigneurial & le conventionnel ; leurs différences à cet égard avec le retrait lignager.

589. Le retrait ſeigneurial & le conventionnel, ne ſont point ſujets pour leur exercice aux formalités auxquelles eſt ſujet le retrait lignager; c'eſt une premiere différence à cet égard entre ces retraits & le lignager.

Le retrait ſeigneurial & le conventionnel s'exercent, ou par la voie d'action, ou par la voie d'exception.

Lorſque ces retraits s'exercent par la voie d'action, la demande doit être donnée dans la forme ordinaire dans laquelle ſe donnent toutes les autres demandes.

590. Si l'exploit de demande eſt déclaré nul pour quelque nullité d'Ordonnance, le jugement qui le déclare nul n'emporte pas la déchéance de l'action de retrait, & le retrayant eſt admis à l'intenter par un nouvel exploit de demande, s'il eſt encore dans le temps de l'intenter: il peut même, ſans attendre ce jugement, donner un nouvel exploit de demande en déclarant qu'il ſe déſiſte du premier; & c'eſt une ſeconde différence entre ces retraits & le lignager, à l'égard duquel la nullité de la forme, emporte la déchéance du droit au fond, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 277.

591. De-là réſulte une troiſieme différence, qui eſt que les nullités d'exploit dans ces retraits ſeigneurial ou conventionnel, n'ayant pas de trait au fond, doivent être oppoſées *ab initio litis*, & ſe couvrent par la litis-conteſtation; au lieu que dans le retrait lignager elles peuvent être oppoſées juſqu'au jugement définitif, & méme en cauſe d'appel, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 278.

592. Ces retraits s'exercent auſſi par voie d'exception. Par exemple, ſi le Seigneur ayant ſaiſi féodalement, l'acheteur vient depuis porter la foi en l'abſence du Seigneur, ou lui faire des offres, qu'il aſſigne le Seigneur pour voir déclarer bon ſon port de foi & ſes offres, & qu'il demande en conſéquence main-levée de la ſaiſie, le Seigneur peut répondre qu'il entend retenir le fief par droit de retrait féodal, en offrant de l'indemniſer.

Même ſans qu'il y ait eu de ſaiſie féodale, ſi le Seigneur eſt aſſigné par l'acheteur pour voir déclarer valable ſon port de foi, fait en l'abſence du Seigneur, le Seigneur peut répondre qu'il entend exercer le retrait féodal, & conclure en conſéquence que l'acheteur ſera tenu de lui délaiſſer l'héritage aux offres qu'il lui fait de le rembourſer.

593. Pareillement à l'égard du retrait conventionnel, ſi celui à qui ce droit appartient eſt aſſigné par l'acheteur pour déclarer s'il entend l'exercer, il peut ſur cette aſſignation déclarer qu'il entend l'exercer & conclure en conſéquence au délais de l'héritage, aux offres de rembourſer; ce qui eſt exercer le retrait par voie d'exception.

SECTION XIII.

Des obligations du Retrayant dans le retrait ſeigneurial & dans le conventionnel; convenances & différences à cet égard entre ces retraits & le lignager.

594. Les obligations du retrayant en ce qui concerne le prix, les loyaux-coûts de l'acquiſition, & les miſes dont le retrayant doit rembourſer & indemniſer l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce, ſont dans le retrait conventionnel & dans le ſeigneurial, les mêmes que dans le lignager.

C'eſt pourquoi preſque tout ce que nous avons dit dans les cinq premiers articles du Chapitre neuvieme, ſur les obligations du retrayant dans le retrait lignager, reçoit application au retrait ſeigneurial & au conventionnel.

J'y trouve ſeulement deux différences; la premiere & la principale eſt à l'égard du terme fatal, dans lequel le lignager retrayant doit rembourſer ou conſigner le prix qu'il eſt obligé de rembourſer à l'acheteur ſur qui il exerce le retrait; ce terme fatal qui eſt réglé pour le retrait lignager, ne doit pas être étendu au retrait ſeigneurial ni au conventionnel.

595. Dans le retrait ſeigneurial lorſqu'il n'eſt pas conteſté, il y a lieu de penſer que le rembourſement du prix doit ſe faire dans le terme de quarante jours que les Coutumes accordent pour l'exercice de ce retrait, ce rembourſement en faiſant partie.

Mais lorſqu'il y a eu procès ſur le retrait, le rembourſement doit ſe faire dans le temps qui ſera fixé par la Sentence du Juge qui adjugera le retrait; c'eſt l'avis de Brodeau ſur la Coutume de Paris.

596. A l'égard du retrait conventionnel, ſi par la convention on s'eſt expliqué ſur le temps dans lequel le rembourſement doit être fait, on doit ſuivre ce qui eſt porté par la convention; ſi l'on ne s'en eſt pas expliqué, le temps doit être laiſſé à l'arbitrage du Juge.

597. Une ſeconde différence que je trouve entre ces retraits & le lignager eſt, que lorſqu'on a compris dans un même marché pluſieurs héritages dont les uns ſont ſujets au retrait ſeigneurial ou conventionnel, & les autres n'y ſont pas ſujets, & qu'en conſéquence il y a une ventilation à faire du prix qui doit être rembourſé à l'acheteur ſur qui le retrait s'exerce, cette ventilation me paroît devoir ſe faire aux frais de l'acheteur, & non aux frais du retrayant; car le droit de retrait ſeigneurial & le conventionnel étant des droits que ceux à qui ils appartiennent ont dans les héritages qui y ſont ſujets, les parties contractantes n'ont pu, en comprenant dans la vente qui en a été faite, d'autres héritages, préjudicier à ces droits de retrait, & en rendre la condition plus onéreuſe, comme elle ſeroit ſi l'on faiſoit porter au retrayant les frais de la ventilation à laquelle elles ont donné occaſion, faute de l'avoir faite elles-mêmes, comme elles le devoient.

Il en doit être autrement dans le cas du retrait lignager: ce retrait n'étant accordé aux lignagers que comme une grace, le lignager retrayant n'a pas droit de ſe plaindre, que les parties aient fait leur marché de la maniere qu'elles

ont jugé à propos, & qu'elles y aient compris l'héritage ſujet à ſon droit, conſuſément avec d'autres héritages, ſans faire par ce marché aucune ventilation de leurs différens prix. C'eſt pourquoi non-ſeulement il ne peut rejetter les frais de ventilation ſur l'acheteur ſur qui il exerce le retrait ; mais c'eſt lui au contraire qui doit ſeul les porter, parce qu'il doit indemniſer l'acheteur.

Si le retrayant néanmoins avoit offert de prendre tout le marché pour ſon compte, & que l'acheteur eût voulu retenir les héritages qui ne ſont pas ſujets au retrait lignager ; comme c'eſt l'acheteur en ce cas, qui donne lieu à la ventilation, je penſe qu'il y doit contribuer avec le retrayant, cette ventilation ſe faiſant pour régler leurs intérêts reſpectifs.

598. Quoique réguliérement dans le retrait ſeigneurial & dans le conventionnel, la ventilation doive ſe faire aux frais de l'acquéreur, néanmoins il faut excepter de cette regle le cas d'une vente & adjudication faite ſur une ſaiſie réelle. La raiſon de cette exception eſt que la vente étant néceſſaire & forcée, on ne peut pas imputer à l'adjudicataire de n'avoir pas acheté ſéparément les héritages ſujets au retrait, & d'avoir donné lieu à la ventilation : c'eſt pourquoi Guyot décide fort bien que la ventilation doit en ce cas être faite à frais communs entre le retrayant & l'adjudicataire.

599. Quelques Auteurs apportent une autre limitation, même dans le cas de ventes volontaires, qui eſt que l'acquéreur peut pour éviter les frais de la ventilation, en propoſer une ; & que ſi ſur le refus du retrayant de l'accepter, il ſe fait une ventilation, & qu'il paroiſſe par l'événement que celle qui avoit été propoſée, & qui a été refuſée par le retrayant étoit juſte, le retrayant qui a eu tort de la refuſer, doit porter les frais de celle qui a été faite ſur ſon refus. Cela paroît équitable : néanmoins Guyot rejette ce tempérament. Il dit que le Seigneur n'eſt pas obligé de s'en rapporter à l'acquéreur, pour la ventilation de ce qui doit lui être rembourſé.

SECTION XIV.

Des obligations de l'Acquéreur ſur qui le retrait ſeigneurial ou conventionnel eſt exercé.

600. Les obligations de l'acquéreur ſur qui s'exerce le retrait ſeigneurial ou le conventionnel, ſont les mêmes que celles de celui ſur qui s'exerce le retrait lignager, par rapport au délais de l'héritage, & à la reſtitution des fruits. C'eſt pourquoi tout ce que nous avons dit à cet égard, *part.* 1, *chap.* 10, §. 1 & 2, pour le retrait lignager, reçoit application à ces retraits, & pareillement ce que nous avons dit §. 3, par rapport au tréſor trouvé dans l'héritage ſujet au retrait.

601. A l'égard de ce qui eſt ordonné par les Coutumes pour le retrait lignager, (Paris, *art.* 146; Orléans, *art.* 373, *&c.*) que pendant le temps accordé pour le retrait, l'acquéreur ne doit faire aucunes réparations ſi elles ne ſont néceſſaires, à peine de n'en pouvoir prétendre aucune répétition, ni changer la forme & la nature de l'héritage : cela peut auſſi être étendu au retrait ſeigneurial, lorſque l'acheteur a connu, ou pu facilement connoître

lors de la vente de l'héritage, le Seigneur duquel il relevoit. Cela peut pareillement être étendu au retrait conventionnel, lorſque ce droit de retrait auquel l'héritage eſt ſujet, a été déclaré par le contrat. La même raiſon d'équité ſur laquelle cette diſpoſition des Coutumes eſt fondée, ſe rencontre à l'égard de ces retraits dans ces cas, & même en plus forts termes; car dans le retrait ſeigneurial & dans le conventionnel, étant au pouvoir de l'acheteur, en notifiant ſon acquiſition à celui à qui le droit de retrait appartient, de rendre le temps de ces retraits beaucoup plus court que ne l'eſt le temps du retrait lignager; il a encore bien moins lieu de ſe plaindre que dans le retrait lignager, qu'on l'oblige à différer les méliorations & innovations qu'il pourroit avoir envie de faire ſur l'héritage qu'il a acquis.

Mais lorſqu'on n'a pas déclaré à l'acheteur que l'héritage étoit ſujet au retrait conventionnel, celui qui exerce ce retrait doit indemniſer l'acheteur des miſes utiles, quoique non néceſſaires, qu'il a faites ſur l'héritage, juſqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; car l'acheteur qui ne ſçavoit pas que l'héritage fût ſujet au retrait conventionnel, n'eſt pas en faute d'avoir fait ces impenſes, & par conſéquent l'équité ne permet pas que le retrayant en profite aux dépens de cet acquéreur : *Neminem æquum eſt, cum damno alterius locupletari.* Cette déciſion a lieu, quand même ces impenſes ſeroient ſi conſidérables que le rembourſement qui en ſeroit prétendu par l'acquéreur, rendroit impoſſible le retrait à celui qui a droit de l'exercer, & qui n'a pas le moyen de faire le rembourſement; car il vaut mieux le priver pour cette fois de l'exercer, que de faire perdre à l'acquéreur, qui n'eſt pas en faute, ces impenſes. Le propriétaire du droit de retrait qui eſt privé de l'exercer, manque ſeulement de gagner & de profiter d'un marché avantageux, *certat de lucro captando;* au-lieu que l'acquéreur, s'il n'étoit pas rembourſé de ſes impenſes, ſouffriroit une perte, *certaret de damno vitando;* d'où il ſuit que la cauſe doit prévaloir.

602. Les dégradations que l'acheteur a faites ſur l'héritage qu'il ignoroit être ſujet au droit de retrait conventionnel, doivent venir en déduction des méliorations, dont le rembourſement lui eſt dû; car un héritage n'eſt mélioré que ſous la déduction de ce dont il eſt détérioré; mais ſi les dégradations excedent les méliorations, ou même s'il n'y a point de méliorations, cet acheteur n'eſt aucunement tenu de ces dégradations envers le retrayant; car cet acheteur qui n'a pu ſçavoir que ſon héritage étoit ſujet à ce droit, n'a pu contracter envers le propriétaire de ce droit, l'obligation de lui conſerver l'héritage; il a pu méſuſer d'une choſe dont il ſe croyoit propriétaire incommutable.

603. Le retrait ſeigneurial fait plus de difficulté: quoiqu'on n'ait pas fait connoître à un acquéreur, lors de ſon acquiſition, le Seigneur de qui releve en fief l'héritage; néanmoins comme il n'y a nulle terre ſans Seigneur, il a dû prévoir que l'héritage pouvoit être ſujet au retrait féodal. C'eſt pourquoi je ſerois porté à croire qu'il doit laiſſer un temps convenable au Seigneur pour ſe faire connoître, comme d'un an depuis que ſon acquiſition eſt connue dans le public, pendant lequel temps il doit s'abſtenir de faire aucune innovation, ni mélioration au préjudice du retrait; mais ce temps paſſé, il ſeroit contre

l'équité & même contre l'intérêt public, de l'empêcher de faire les innovations, & sur-tout les méliorations qu'il juge à propos de faire sur son héritage, & de lui en refuser en cas de retrait le remboursement, jusques à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux.

SECTION XV.

De l'effet du retrait seigneurial & du conventionnel.

604. Tout ce qui est contenu dans les quatre premiers Articles du Chapitre onzieme de la premiere Partie sur cette matiere, s'applique au retrait seigneurial & au conventionnel.

Tout ce qui est contenu dans l'Article cinquieme, sur le profit auquel donne lieu la vente sur laquelle le retrait lignager est exercé, s'applique pareillement au retrait conventionnel.

605. A l'égard du retrait seigneurial, il est évident que la vente sur laquelle le Seigneur exerce le retrait, ne donne pas ouverture au profit; car le profit n'est dû que comme le prix de l'investiture que l'acheteur peut demander au Seigneur; il ne doit donc pas être dû, lorsque le Seigneur la lui refuse en exerçant le retrait féodal.

Si le Seigneur s'étoit fait payer du profit, ou en avoit même seulement composé avec l'acheteur, il seroit non-recevable à exercer sur lui le retrait.

Si le profit a été payé à un usufruitier ou à un fermier des droits seigneuriaux, le Seigneur qui exerce le retrait, doit le rembourser à l'acheteur, qui ne seroit pas parfaitement indemne, s'il étoit obligé de le répéter de celui à qui il l'a payé.

Suivant la doctrine de Dumoulin & de d'Argentré, le Seigneur qui a acheté directement un fief relevant de lui, & à plus forte raison lorsqu'il s'en rend acheteur par le retrait féodal, doit par forme d'indemnité payer le profit à l'usufruitier ou au fermier des droits seigneuriaux. *Voyez notre Introduction au titre des Fiefs, n.* 166.

SECTION XVI.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait seigneurial ou conventionnel, soit dans la communauté conjugale du Retrayant, soit dans sa succession. Différence à cet égard entre ces retraits & le lignager.

606. Nous avons vu, *chap.* 11, *art.* 6, §. 1, que l'héritage retiré par retrait lignager durant la communauté conjugale du retrayant, ne tomboit point dans cette communauté; parce que le retrait lignager étant un droit personnel aux lignagers, qu'ils ne peuvent exercer que pour leur propre compte, c'est une conséquence qu'ils ne puissent l'exercer pour le compte de leur communauté conjugale; & conséquemment l'héritage retiré par retrait lignager, ne tombe point dans cette communauté.

A l'égard du retrait seigneurial, si vous en exceptez les Coutumes dans lesquelles ce retrait n'est pas cessible, & n'est accordé au Seigneur que pour

la fin de la réunion dans lesquelles on doit décider, comme dans le retrait lignager, que l'héritage retiré ne tombe pas dans la communauté. Dans toutes les autres Coutumes dans lesquelles la Jurisprudence a prévalu que ce retrait étoit cessible, il faut décider au contraire que le retrait seigneurial que le Seigneur fait durant sa communauté conjugale, étant une acquisition qu'il fait durant cette communauté, & qu'il ne lui est point défendu de faire pour le compte de sa communauté, l'héritage retiré durant cette communauté, est un vrai conquêt de cette communauté.

Par la même raison, l'héritage retiré par retrait conventionnel, c'est-à-dire, par droit de refus durant la communauté du retrayant, est un conquêt de cette communauté.

607. Il n'est pas douteux que l'héritage retiré, soit par retrait seigneurial, soit par droit de refus, est un acquêt dans la succession. Tout ce qui a été dit dans ledit article 6, §. 2 & 3, est particulier au retrait lignager.

SECTION XVII.

Convenances & différences des retraits seigneurial & conventionnel avec le lignager, sur les manieres dont s'éteignent ces retraits.

608. Ce qui a été dit au Chapitre 12, §. 1, sur la maniere dont s'éteint le retrait lignager, par le retour de l'héritage à la famille avant la demande donnée, est particulier au retrait lignager, & ne peut recevoir d'application aux autres retraits.

609. Ce qui est dit au paragraphe 2, pour le retrait lignager, de l'extinction de ce droit de retrait par l'extinction de l'héritage qui y étoit sujet, peut pareillement s'appliquer au retrait seigneurial & au conventionnel.

610. A l'égard de la prescription dont nous avons traité au paragraphe 3, de même qu'un acheteur qui n'a pas satisfait à ce que l'Edit des insinuations & les Coutumes demandent pour faire courir le temps du retrait lignager, n'en peut être libéré que par la prescription trentenaire; de même l'acheteur qui n'a pas fait courir le temps du retrait seigneurial & du conventionnel, en notifiant son acquisition, ne peut être libéré de ces retraits que par la prescription trentenaire.

611. Il y a néanmoins des différences entre le retrait conventionnel, & les deux autres especes de retrait.

Dans le retrait conventionnel, lorsqu'on n'a pas déclaré par le contrat que l'héritage étoit sujet au droit de retrait conventionnel, l'acheteur qui a possédé de bonne foi l'héritage, comme franc dudit droit, pendant le temps de la prescription, c'est-à-dire, pendant dix ans *inter præsentes ;* & pendant vingt ans, *inter absentes.* Dans les Coutumes, qui, comme celle de Paris, admettent cette prescription, ou pendant trente ans dans celles qui, comme notre Coutume d'Orléans, n'admettent d'autre prescription que la trentenaire, non-seulement est libéré de l'action de retrait conventionnel, auquel la vente de l'héritage avoit donné ouverture ; mais par cette prescription il décharge entiérement & à toujours son héritage de la sujétion au fond du droit de retrait conventionnel.

Au

Au contraire dans le retrait ſeigneurial, l'acheteur peut bien acquérir par la preſcription trentenaire, la délibération de l'action de retrait ſeigneurial à laquelle la vente qui lui a été faite de l'héritage a donné ouverture; mais il ne peut décharger ſon héritage du fonds du droit, & l'héritage y demeure toujours ſujet pour l'avenir pour toutes les fois que l'héritage ſera vendu. La raiſon eſt que le droit de retrait ſeigneurial eſt un droit ſeigneurial qui eſt impreſcriptible, & que l'acheteur y eſt toujours cenſé avoir acquis & avoir poſſédé à la charge de ce droit, quoiqu'il ne lui ait pas été déclaré par le contrat; ce droit étant un droit établi par les Coutumes, qui n'a pas beſoin d'être déclaré. C'eſt une premiere différence entre le retrait conventionnel & le retrait ſeigneurial.

612. Une deuxieme différence, c'eſt que dans le retrait ſeigneurial, de même que dans le retrait lignager, l'acheteur étant toujours cenſé avoir acquis à la charge du retrait, ne peut acquérir la libération de l'action de retrait auquel la vente a donné ouverture, que par la preſcription trentenaire, & non par celle de dix ou vingt ans, dans les Coutumes qui l'admettent. Il n'y a à l'égard de ces retraits, que des tiers qui puiſſent oppoſer cette preſcription contre laquelle la vente faite à leur auteur avoit donné ouverture, & dont ces tiers n'avoient eu ni pu avoir connoiſſance.

613. Il y a une troiſieme différence, qui eſt que le décret ne purge pas les droits de retrait lignager & de retrait ſeigneurial. Ces droits étant établis par les Coutumes, les adjudicataires ont dû les prévoir : mais le décret purge le retrait conventionnel faute d'oppoſition formée au décret, & éteint même le fonds du droit pour toujours.

Il nous reſte à obſerver une autre différence. Dans nos Coutumes de Paris & autres ſemblables qui accordent le retrait lignager plutôt à la famille du vendeur indéterminément, qu'à aucun particulier de cette famille, la preſcription n'eſt pas interrompue par la minorité des lignagers, parce que ce n'eſt pas proprement contre chacun d'eux qu'elle court. Au contraire dans le retrait ſeigneurial & dans le conventionnel, la preſcription trentenaire ne court point pendant la minorité du Seigneur, ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, ſuivant la nature de cette preſcription qui ne court pas contre les mineurs.

614. Ce qui eſt dit au paragraphe dernier du chapitre, peut s'appliquer au retrait ſeigneurial & au conventionnel.

615. Il nous reſte à obſerver ſur les manieres dont le retrait ſeigneurial & le conventionnel s'éteignent, que le ſeigneurial s'éteint par le choix que le Seigneur a fait du profit au lieu du retrait, & de quelque maniere qu'il ait agréé pour vaſſal l'acheteur : ſur quoi, voyez notre Introduction au titre des Fiefs, *n.* 269 & 270.

Pareillement l'action de retrait conventionnel s'éteint lorſque celui à qui elle appartient a donné, de quelque maniere que ce ſoit, ſon conſentement à l'acquiſition de l'acheteur, ſoit en recevant un titre nouvel, ſoit en recevant de lui les arrérages de quelques redevances ſur l'héritage ſujet au droit de retrait.

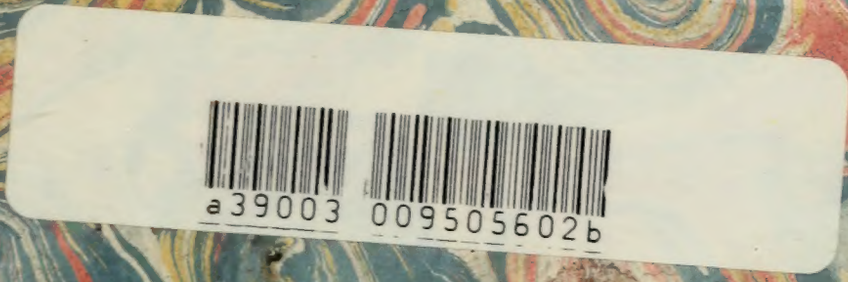
FIN du premier Volume.

Universitas BIBLIOTHECA Ouvrignola

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Échéance

The Library
University of Ottawa
Date due

CE


a39003 009505602b